

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PRODIR**

**AGTTA CHRISTIE NUNES VASCONCELOS**

**CONSENSO E COLABORAÇÃO EM PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO  
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

São Cristóvão  
2018

AGTTA CHRISTIE NUNES VASCONCELOS

**CONSENSO E COLABORAÇÃO EM PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO  
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada à Universidade Federal de Sergipe - UFS, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Constitucionalização do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso.

São Cristóvão  
2018

AGTTA CHRISTIE NUNES VASCONCELOS

**CONSENSO E COLABORAÇÃO EM PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO  
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada à Universidade Federal de Sergipe - UFS, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Constitucionalização do Direito.

Aprovada em 28/02/2018.

**Banca Examinadora:**

---

**Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso**  
Universidade Federal de Sergipe - UFS  
Orientador

---

**Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva**  
Universidade Federal de Sergipe - UFS  
1ª Examinador

---

**Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr**  
Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA  
2ª Examinador



## AGRADECIMENTO

A Deus pelo dom da vida e por me capacitar para conclusão desta importante etapa de formação.

Aos meus familiares: meu pai, irmãos, avós e tios, sempre tão presentes em minhas conquistas. E em especial à minha mãe Jacqueline, que com sua doçura e carinho, sempre me estimulou e orientou a superar os meus limites, para que eu fosse a melhor versão de mim.

Aos meus amigos, sempre tão compreensivos com minhas ausências, agradeço o apoio e a torcida. Agradeço aos amigos do CODAP, da SDS, da UFS, o que faço na pessoa de Laryssa Linhares. Agradeço aos amigos do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo, Cidadania e Políticas Públicas. Não podendo deixar de agradecer pelo privilégio de ter conhecido os amigos do “Prodir”: Êmile, Tati, Fernanda, Valquíria, João, Thayse, Bella, Mariana, Nayara, vocês são especiais.

Faço um agradecimento destacado para Renata Ramos, amiga de todos, especialista em soluções criativas para quaisquer problemas, uma parceira inesquecível, por toda a contribuição em minha trajetória, obrigada.

E gostaria de agradecer, mas nunca seria o suficiente, à Liliane Araújo, minha amiga, grande incentivadora. Obrigada pelo apoio, por dividir sua sabedoria comigo e ser mais do que uma irmã para mim.

Um agradecimento especial a todos os professores que contribuíram nesta trajetória de conhecimento: Karyna Batista Sposato, grande colaboradora de meu aprofundamento científico; Lucas Gonçalves e Luciana Aboim, responsáveis por apresentar a mim a importância do debate acadêmico; Otávio Augusto Reis, a quem agradeço todas sugestões formuladas na qualificação; Clóvis Falcão; Jussara Moreno; Flávia Pessoa; Daniela Costa; Carlos Augusto Alcântara; Ubirajara Coelho e todos os professores que fazem parte do PRODIR.

Por fim, porém não menos importante, agradeço ao meu estimado professor Henrique Ribeiro Cardoso, preceptor de toda uma vida, a quem eu tenho o privilégio de chamar de amigo. Agradeço por toda sua generosa contribuição para minha formação. Obrigada pela oportunidade.

## RESUMO

A moralidade pública é, dentre os princípios constitucionais administrativos, o mais discutido na atualidade brasileira, momento em que se identifica o sucateamento das finanças públicas e crimes contra o patrimônio público têm sido punidos. A tradicional impunidade dos ilícitos penais contra a administração pública pôde ser modificada através dos mecanismos presentes na Lei de Combate às Organizações Criminosas, que embora não houvesse sido editada com esta finalidade precípua, conferiu destaque à colaboração premiada como importante elemento probatório. Mesmo diante do sucesso proporcionado pelas novas ferramentas, a persecução penal apresenta três principais entraves: a demora, decorrente da existência de foro privilegiado de alguns processados; deficiência de ressarcimento de valores desviados da administração pública; e a dificuldade de prevenção do delito, vez que a resposta penal é posterior ao efetivo prejuízo à administração pública. Além das dificuldades, a sanção penal deve ter no sistema jurídico aplicação excepcional, inclusive por existir medida judicial mais ampla e adequada à sanção de todas as naturezas de ilícitos contra a administração pública, qual seja a ação de improbidade administrativa instituída por meio da Lei 8.429/1992. A referida ação, genuinamente brasileira, abarca as peculiaridades dos comportamentos atentatórios à moralidade administrativa, todavia apresenta-se inexpressiva, dentre outros motivos, por sua deficiência probatória e vedação à negociação judicial. Assim, a aplicabilidade do consenso e colaboração nas ações de improbidade administrativa deve ser analisada frente ao sistema jurídico vigente, para que se avaliem as compatibilidades, benefícios e prejuízos.

**PALAVRAS-CHAVE:** moralidade pública; ação de improbidade administrativa; efetividade; colaboração; consenso.

## ABSTRACT

Public morality is, among the constitutional administrative principles, the most discussed in Brazilian reality, at which time it is identified the scrapping of public finances and crimes against public patrimony have been punished. The traditional impunity of criminal offenses against the public administration could be modified through the mechanisms present in the Law to Combat the Criminal Organization, which, although it had not been published with this primary purpose, gave prominence to the awarded collaboration as an important probative element. Even in view of the success provided by the new tools, criminal prosecution presents three main obstacles: the delay, due to the existence of privileged forum of some processed; deficiency of compensation for values deviating from public administration; and the difficulty of crime prevention, since the criminal response is subsequent to the effective loss to the public administration. In addition to the difficulties, the penal sanction should have an exceptional application in the legal system, including the existence of a more extensive and adequate judicial measure to sanction all types of illicit acts against the public administration, which is the administrative improbity action instituted through Law 8.429 / 1992. The aforementioned action, which is genuinely Brazilian, encompasses the peculiarities of the behavior that threatens administrative morality, but it is inexpressive, among other reasons, due to its probative deficiency and prohibition of judicial negotiation. Thus, the applicability of the consensus and collaboration in the actions of administrative improbity must be analyzed before the legal system in force, so that the compatibility, benefits and losses are evaluated.

**KEYWORDS:** public morality; action of administrative improbity; effectiveness; collaboration; consensus.

## SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO .....	8
2- MORALIDADE PÚBLICA E ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	14
2.1- Corrupção brasileira: peculiaridades e formas de manifestação .....	15
2.2- Moralidade e improbidade administrativa: a luta por uma Administração Pública proba .....	20
2.3- Ação de improbidade administrativa como instrumento de moralização da Administração Pública .....	26
2.4- Limites e possibilidades da responsabilização em ação de improbidade administrativa .....	32
2.5- Deficiência na efetividade da ação de improbidade administrativa no combate à corrupção .....	38
3- CONSENSO E COLABORAÇÃO NA TENSÃO ENTRE O INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO CIDADÃO INVESTIGADO .....	44
3.1- Conflitos e consenso na sociedade e no direito .....	45
3.2- Estado negociador e o comportamento frente ao interesse público: supremacia e indisponibilidade .....	50
3.3- Direito Público e as transformações que ensejaram a admissão do consenso .....	56
3.4- A experiência da colaboração processual e a conformação com o sistema jurídico brasileiro .....	61
3.5- O comportamento do acordo de leniência no Brasil .....	67
4- POSSIBILIDADES DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PROVAS E NOVA SISTEMÁTICA .....	72
4.1- Hipóteses: legitimidade, alcance e possibilidades do combate à corrupção.....	73
4.2- Sistema de combate à corrupção e a promoção do <i>compliance</i> .....	75
4.3- Comportamento da vedação ao consenso da Lei 8.429/1992 frente ao sistema de combate à corrupção .....	81
4.4- Solução alternativa de conflitos no Código de Processo Civil – Resolução Adequada de Disputas .....	83
4.5- Comportamento normativo, hermenêutica e regularidade constitucional da vedação ao consenso descrito na Lei 8.429/1992 .....	86
5- CONCLUSÃO .....	92
6- REFERÊNCIAS.....	99



## 1- INTRODUÇÃO

Após longo período de evolução, o Estado e sua Administração Pública, representada por seu poder de gestão, apresentam modelo de organização que reflete os valores da nação. Com o Brasil não foi diferente, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, responsável por descortinar um novo panorama público, regulamentando a atuação estatal e reconciliando o país com a democracia.

Apesar de a república brasileira ser nova frente à de outros países, já suportou períodos de abusos e distorções durante o monopólio dos agropecuaristas e dos militares. As usurpações do poder contribuíram para construção de uma herança de descrédito nas instituições. À fase atual do Brasil coube a esperança de tornar a coisa pública algo de todos.

O Estado redemocratizado passa a salvaguardar o mínimo existencial da população, o que faz através da garantia dos serviços essenciais, da regulação da economia e através de prestações diretas. Os agentes responsáveis pela gestão estatal são representantes do povo, democraticamente escolhidos, ou selecionados por mérito. Trata-se da primeira experiência de república efetivamente pautada por valores democráticos, objetivando que o governo não fosse manipulado por pessoas e grupos específicos.

Durante este processo de democratização, identifica-se uma grande inversão de valores; a “coisa de todos” passa a ser tratada como “coisa de ninguém”. A expressão niilista é figurativa, todavia, os efeitos são bem literais. O baluarte estatal é violentado com o abuso das funções públicas e sujeição do Estado a negociações fraudulentas. A Administração Pública vem sendo sucateada em surdina, sem reação e sem providências, sem que haja uma percepção real e crítica da extensão dos danos à cidadania.

O próspero Brasil, detentor de grande riqueza natural e prodigioso tributador, encontra-se falido. A verba pública é mal gerida, as políticas públicas não são corretamente planejadas e quando há espaço - e mesmo quando não há - desvia-se o dinheiro público. São propinas, superfaturamentos, favorecimentos indevidos e várias outras ofensas escusas à administração pública. Esse decrépito panorama forja na sociedade uma sensação de desproteção do Estado.

A vulnerabilidade estatal não resulta de omissão legal. Aliás, a administração pública que somente pode ser gerida segundo os preceitos normativos, possui atuação bem delimitada. A Constituição Federal é a principal norma do Direito Público, por meio da qual é possível a supressão de qualquer lacuna eventualmente existente. Diante da razoável regulação estatal, conclui-se que as transgressões administrativas não resultam de anomia, mas sim da impunidade.

No Brasil, o desrespeito da norma administrativa admite a responsabilização penal, civil, administrativa e por ato de improbidade administrativa. Sem precedentes na legislação administrativa mundial, a responsabilização por improbidade administrativa. É inovação brasileira para a realidade pública nacional. Enquanto no mundo, os atos de improbidade administrativa são tratados como crimes de corrupção, no Brasil as condutas são diferenciadas entre si, tanto em relação à natureza da ilicitude, quanto às possibilidades punitivas.

O ato de improbidade administrativa compreende condutas praticadas por agente público, ou por cidadão no exercício de atividade pública, que causem danos ao erário, enriquecimentos ilícitos ou violações aos princípios administrativos. Sua tutela encontra-se normatizada na Lei 8.429/1992, disciplinadora da previsão constitucional desta responsabilização, conforme §4º do art.37 da Constituição Federal de 1988.

As sanções prescritas na Lei de Improbidade Administrativa não concorrem com a responsabilização em outros sistemas, havendo a possibilidade de aplicação cumulativa de punições de outras naturezas, além de seu largo alcance permitir que algumas condutas ofensivas à administração pública, mesmo que não tipificadas criminalmente, possam ser punidas. Assim, embora todo crime contra a Administração Pública praticado por agente público ou equiparado seja também ato de improbidade administrativa, ao menos pela inerente ofensa aos princípios, o inverso não se aplica.

O grande trunfo da ação de improbidade administrativa é justamente alcançar o que o Direito Penal não tem como objetivo principal: implantar, para além da punição, critérios e condutas com a observância da moralidade administrativa. Dois são seus méritos: 1) a responsabilização do ato de improbidade reprime ilícitos não criminais, contribuindo para moralização da administração pública e evitando a evolução para condutas ainda mais gravosas ao erário; 2) o firme propósito de

recuperação de valores desviados ou indevidamente recebidos por agentes e coautores – litisconsortes, mais tecnicamente.

Após vinte e cinco anos de vigência, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) ainda apresenta baixa efetividade. A “sub aplicação” desta norma decorre da dificuldade de investigação e identificação de seus sujeitos ativos, dos agentes ímprobos. O sucateamento do Poder Público cai na cifra negra. A dimensão dos atos atentatórios à Administração Pública é correntemente constatada através da deficiência dos serviços e da dilapidação dos bens públicos, mais onerosos que serviços e bens privados, mas com menor qualidade.

As investidas contra o erário público ocorrem na maioria das vezes por meio de fraudes e esquemas, os quais, aparentemente, quanto mais complexos e lucrativos, mais criminosos o são. Da observação deste *modus operandi*, os agentes públicos que assim procedem passam a ser legalmente tratados como verdadeiramente se comportam – integrantes de organizações criminosas.

Na atualidade, em razão de um conjunto de inovações legislativas e de hermenêutica, o sistema de repressão criminal brasileiro tem superado as expectativas no combate dos ilícitos criminosos contra a administração pública, utilizando-se como principal ferramenta da Lei 12.850/2013, originalmente aplicável ao combate de tráfico de entorpecente e ao terrorismo. As técnicas trazidas por esta lei vão desde medidas anteriormente previstas, como a interceptação telefônica e o afastamento de sigilo, até a introdução e aperfeiçoamento de outras técnicas, tais como a colaboração premiada, a captação ambiental de sinais, a infiltração de agentes e a possibilidade de flagrante esperado. Os novos métodos de investigação disponíveis têm permitido a produção de provas robustas, as quais são lastro de denúncias e fundamentam sentenças. Como consequência, um número expressivo de agentes políticos e públicos têm sido processados e presos.

Dentre as técnicas de investigação, a colaboração premiada alcançou popularidade por sua capacidade probatória e por seu potencial como instrumento de defesa de coadjuvante em organização criminosa. O indivíduo que normalmente é alcançado pela persecução criminal possui participação irrisória, por vezes sem nem possuir conhecimento da amplitude da ofensa ao patrimônio público, muitas vezes não sendo mais que um bedel. A ele é conferida a possibilidade de oferecer colaboração e ter como recompensa o perdão judicial, ou a redução de sua punição

em até dois terços. Celebra-se um negócio jurídico: uma parcela de leniência do Estado por informações contra a impunidade dos poderosos.

No momento atual, finalmente, já se mostra possível punir pessoas físicas, jurídicas, agentes públicos e equiparados; entretanto, as vantagens econômicas indevidamente percebidas dificilmente são integralmente ressarcidas. As punições dos delitos praticados contra a Administração Pública implicam em pena privativa de liberdade, e no caso das pessoas jurídicas, em multa proporcional aos seus rendimentos. Somente como efeitos da condenação transitada em julgado é possível reaver valores em proveito de crime - ou quando for cláusula expressa em acordo a devolução do produto das infrações.

Veja-se: somente após toda a instrução processual criminal, onde há um limitado espectro punitivo, e na vigência do princípio *in dubio pro reo*, é que valores desviados poderão ser reintegrados ao patrimônio público. Mais ainda: na hipótese de acordo premial, será possível, mesmo que em hipótese remota, que a identificação de outros criminosos seja preterida em detrimento da recuperação de valores. Assim, em que pese o êxito verificado nas responsabilizações criminais, dentro dessa nova sistemática, as ações por atos de improbidade administrativa, cautelares e principais, continuam sendo relevantes, não só por sustentarem mais uma dimensão de responsabilização, mas pela perspectiva de recuperação do proveito dos atos administrativos ímprobos.

Com a identificação da importância da ação de improbidade administrativa, a conclusão alcançada é que esta dimensão de responsabilização não deve ser ignorada, mas sim reforçada. Mecanismos que auxiliem a identificação e o combate aos atos de improbidade necessitam ser aperfeiçoadas a fim de fortalecer esta espécie de responsabilidade, tal qual ocorrera no âmbito criminal.

Em recente experiência, a Medida Provisória 703/2015 autorizou a utilização das medidas de transação, acordo e conciliação em ações de improbidade em trâmite. A medida de urgência, que não fora ratificada tempestivamente, perdeu eficácia no primeiro semestre de 2016, suscitando, enquanto vigeu, questionamentos e divisões de opiniões.

Diante da importância da responsabilização dos agentes em ação de improbidade administrativa, a dissertação que se apresenta se presta a enfrentar o descompasso entre a punição por crimes contra a administração pública e o baixo ressarcimento de valores indevidamente desviados, identificando a necessidade de

um reforço instrumental à ação de improbidade administrativa - essencialmente a mais indicada para satisfazer o interesse da Administração lesada e do Ministério Público, legitimado extraordinário para a busca destes valores - não olvidando, de igual modo, a peculiar situação do agente participante de estratagemas chefiados especialmente por agentes políticos detentores de mandatos ou de foros privilegiados no âmbito criminal.

Para solução do problema proposto ventila-se a hipótese primária de que existe compatibilidade entre as práticas de negociais e o procedimento da ação de improbidade, vista a natureza colaborativa, especialmente diante do relativo sucesso da experiência brasileira no sistema criminal. A hipótese secundária é a de incompatibilidade da utilização de instrumentos premiais, decorrente da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

O objetivo da dissertação a ser desenvolvida, após adequada delimitação do problema, é a compreensão e a identificação de soluções possíveis para a crise de moralidade administrativa suportada pela Administração Pública brasileira. Busca fornecer ao réu em ação de improbidade administrativa a alternativa defensiva de um acordo de leniência, além de permitir ao Poder Público imprimir eficiência no combate ao enriquecimento ilícito, minimizando as frustrações causadas pela demora na conclusão dos procedimentos, permitindo a identificação de agentes ímprobos envolvidos e dos prejuízos financeiros por eles causados.

Por ser a ação de improbidade administrativa genuinamente brasileira, a bibliografia destinada à sua análise é eminentemente nacional. Dentre eles livros, publicações em periódicos, jurisprudência e pesquisas sobre a Lei 8.429/1992. A dimensão consensual será analisada a partir dos recentes registros de autores nacionais e da realidade da negociação jurídica em outros países. A experiência da medida provisória já mencionada, que expressamente – enquanto em vigor - permitiu a celebração de transação em ação de improbidade, também será útil na compreensão do tema, uma vez que ensejou vasta produção de estudos e monografias em periódicos e coletâneas.

A presente dissertação pretende ofertar uma compreensão mais ampla e sistêmica sobre instrumentos de consenso estabelecidos em leis especiais e no próprio Código de Processo Civil vigente, servíveis para todos os envolvidos no específico sistema de controle da probidade administrativa. Busca-se disponibilizar para o meio jurídico mais do que uma resenha bibliográfica, mas sim uma reflexão

acadêmica, metodologicamente construída, sobre o potencial da Lei 8.429/1992, reinterpretada e atualizada, especialmente em período em que esta útil ferramenta se encontra ameaçada por projetos de lei que pretendem restringir seu alcance e a responsabilização contida nesta norma.

A exposição do tema é pautada pelo raciocínio dedutivo, partindo de aspectos gerais sobre o tema da Lei de Improbidade Administrativa, seguido da análise da colaboração no sistema jurídico brasileiro e sintetizando as possibilidades de inovação no procedimento. Para o desenvolvimento da análise são formatados três capítulos e uma conclusão.

O Capítulo 1 apresenta a corrupção como fenômeno complexo ofensivo à moralidade pública, em suas diversas formas de manifestação e responsabilização. Ainda nesta fase inicial são apresentadas as particularidades da responsabilização por improbidade administrativa. E, por fim, realizada discussão em torno da efetividade da Lei 8.429/1992 e analisada as possibilidades de incremento de sua capacidade probatória e de eficiência através dos mecanismos negociais processuais.

No Capítulo 2 é discutida a tensão entre o interesse do cidadão investigado e o interesse da administração pública. A compatibilidade das novas técnicas de investigação pautadas no consenso e colaboração é analisada frente ao sistema jurídico vigente, especialmente quanto à adequação ao interesse público. As experiências consensuais aplicadas ao combate à corrupção no âmbito de responsabilização criminal e responsabilização administrativa são apresentadas e discutidas como referenciais para admissão do consenso na Lei 8.429/1992.

Já o Capítulo 3 enfrenta diretamente o problema trazido pelo presente estudo. É de sua alçada na possibilidade de utilização das técnicas consensuais para instrumentalização da ação de improbidade administrativa. O comportamento jurídico da vedação ao consenso constante na ação de improbidade administrativa é enfrentado dentro do tema de combate à corrupção. A aplicação de métodos consensuais na ação de improbidade administrativa é analisada enquanto possibilidade jurídica e compatibilização teleológica.

A conclusão sintetiza as percepções sobre a natureza da ação de improbidade administrativa e sua importância para o sistema jurídico brasileiro. Também formata o entendimento sobre a posição do consenso e da colaboração frente à administração pública. Por fim, apresenta as conclusões sobre as

possibilidades e limites da aplicação do consenso na responsabilização por ato de improbidade administrativa.

## **2- MORALIDADE PÚBLICA E ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

A correção da atividade pública e sua própria racionalização resultam de larga discussão e análise. As comunidades milenares forjaram importantes conceitos sobre a administração societária. Enquanto os povos medievais revelaram a necessidade de fortalecimento do Estado. Porém, é com a era moderna, em que a industrialização promove o deslocamento dos centros de poder, que a Administração Pública alcança sistematização, quando a Ciência Jurídica finalmente reconhece o Direito Administrativo como um de seus ramos.

As questões vinculadas à Administração Pública passam a não serem somente contempladas, mas submetidas ao método de investigação. Os resultados da pesquisa vão aprofundar as discussões sobre o Direito Administrativo, além de ajudar a compreender os problemas enfrentados pela sociedade<sup>1</sup>. Dentre as diversas deficiências ligadas à Administração Pública, a transgressão aos princípios administrativos tem demandado acurada investigação. As práticas que corrompem o sistema público compõem o fenômeno da corrupção. O combate a essas condutas ofensivas exige o conhecimento dos princípios ofendidos, além dos possíveis meios de defesa da sociedade.

No Brasil, o tema do combate à corrupção ganha destaque nas discussões sociais pela urgência de moralização na Administração Pública. Nas últimas décadas as importantes punições de alguns agentes públicos e cidadãos que colocaram seus interesses acima dos da coletividade contribuíram para desmistificar a cultura de condescendência com a impunidade e naturalização de ofensa à probidade administrativa. A drástica resposta penal, embora eficaz e adequada, não pode estar divorciada de outros mecanismos de combate à improbidade e reestruturação do Estado, especialmente do ponto de vista financeiro. Neste

---

<sup>1</sup> SOUZA, Celina. Pesquisa em Administração Pública no Brasil. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro. v.32. n.4. jul. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7780/6380>>. Disponível em: 30 jun. 2017.

panorama, a ação de improbidade administrativa se apresenta como alternativa viável para o desestímulo à corrupção.

## 2.1- Corrupção brasileira: peculiaridades e formas de manifestação.

O Código Penal Brasileiro<sup>2</sup> tipifica corrupção em seus artigos 317 e 333, nos quais estão descritas as condutas de oferta e solicitação de vantagem indevida para quem exerça função pública, funcionário ou não. Estes são delitos não hediondos, cujas penas máximas são pequenas em relação à maioria dos crimes descritos no código. A população brasileira, porém, em sua maioria entendem a corrupção como prática grave ou muito grave<sup>3</sup>. A grande reprovabilidade advém de uma percepção muito mais complexa do que a proposta pela tipificação penal.

A corrupção é um fenômeno universal<sup>4</sup> presente em todos os povos, inclusive com manifestações milenares. Durante toda a história da humanidade identificam-se episódios em que a corrupção fora discutida, com maior ou menor intensidade. Como consequência são conhecidas para ela diversas definições, variáveis em função da época e da sociedade<sup>5</sup>.

A pluralidade de referenciais dificulta uma conceituação unívoca da corrupção. Embora, de modo geral, o termo possua acepção negativa. Como a

---

<sup>2</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2017.

<sup>3</sup> Pesquisa realizada em pelo Centro de Referência do Interesse Público em parceria com o Instituto Vox Populi aponta que 73% dos brasileiros consideram a corrupção como muito grave e 24% como grave. RELATÓRIO DE PESQUISA DE OPINIÃO PÚBLICA. **Interesse público e corrupção**. Belo Horizonte: Centro de Referência do Interesse Público; Vox Populi, 2009. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2009/09/pesquisa-mostra-que-brasileiro-reconhece-acoes-do-governo-no-combate-a-corruptao>>. Acesso em 30 jun. 2017.

<sup>4</sup> GARCIA, Emerson. A corrupção: uma visão jurídico-sociológica. **Revista de Direito Administrativo**. v.233. 2003. P.204. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45445/44994>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

<sup>5</sup> GOMES, José Vitor Lemes. A corrupção em perspectivas teóricas. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – UFJF**. V.5, n.1 e 2 jan./dez. 2010. Disponível em: <[HTTPS://teoriaecultura.ufff.emnuvens.com.br/TeoriaeCultura/article/view/2882](https://teoriaecultura.ufff.emnuvens.com.br/TeoriaeCultura/article/view/2882)>. Acesso em 20 jun. 2017.



própria etimologia da expressão sugere, vez que se origina da palavra *rumpere*<sup>6</sup>, que significa degradação, decomposição.

Aristóteles, desde antes de Cristo, utilizava a expressão corrupção para denominar o fenômeno oposto ao da geração, quando de sua reflexão sobre a transformação/movimento da matéria, com o escrito traduzido em “Sobre a geração e a corrupção”<sup>7</sup>. Em que pese a disposição de Aristóteles em observar a expressão corrupção enquanto processo de degradação, não se fez indiferente aos desvios da virtude na sociedade que se assemelham à aplicação mais usual da palavra corrupção.

É em “Ética a Nicômaco” que Aristóteles reflete o potencial de corrupção em todos os homens<sup>8</sup>. A vida humana orienta-se para *eudaimonia*, ou seja, a satisfação da felicidade. As paixões, todavia, poderiam distorcer a razão do indivíduo no cumprimento deste fim<sup>9</sup>. O que tradicionalmente é entendido como corrupção para Aristóteles seria um problema ético, resultante da sobreposição da satisfação individual em detrimento do bem comum.

A compreensão aristotélica da corrupção permite identificá-la como uma potência inerente à natureza do poder político<sup>10</sup>. Seria a concretização do ato corrupto que transgrediria as formas ideais de governo: a monarquia, governo de um só, se transmutaria em tirania; a aristocracia, que seria o governo dos melhores, daria lugar à oligarquia; enquanto a democracia marcada pela corrupção passaria a ser demagogia.

A corrupção sob a perspectiva grega não se mantém estanque até modernidade. A vida não podia mais ser resumida à virtude aristotélica. Tantas outras variáveis passaram a ser identificadas na sociedade. Porém, mesmo após diversas pretensões de definição, não existe uma conclusão universal. Ao contrário, diversas são as propostas de estudos a partir das ciências. A única lógica constante

---

<sup>6</sup>GARCIA, op. cit., p.204.

<sup>7</sup> ARISTÓTELES. **Sobre a geração e a corrupção**. Tradução Francisco Chorão. Revisão Alberto Barnabé Pajares. Volume II. Lisboa: Biblioteca de Autores Clássicos. 2009.

<sup>8</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa W.D. Rosa. Coimbra: Atlântica, 1973.

<sup>9</sup> FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, democracia e legalidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2008. p.34.

<sup>10</sup> Ibid., p.34.

é a ideia grega, de que a corrupção se trata da sobreposição das vantagens privadas sobre o bem comum<sup>11</sup>.

Após a sistematização científica, a corrupção passou a ser analisada pela ciência, onde é tratada como fenômeno social. Mesmo havendo um enquadramento científico específico, a discussão sobre a corrupção agrega a visão de vários saberes, como é o caso da ciência política, economia, antropologia e do direito. Os próprios referenciais conceituais da corrupção demonstram sua multidisciplinariedade, sendo possível dividi-los em quatro grupos<sup>12</sup>: definições com foco no mercado, no interesse público, em regulamentações formais e na opinião pública.

As explicações centradas no mercado baseiam-se em teorias econômicas. A origem desta discussão é predominantemente estrangeira, o que explica a incipiência de bibliografia brasileira sobre o tema. De uma forma superficial, para este referencial a corrupção é definida como uma instituição extralegal utilizada por indivíduos ou grupos para ganhar influência sobre as ações da burocracia durante a formulação e o estabelecimento de políticas<sup>13</sup>. As leis do mercado, e somente elas, permitiriam identificar a corrupção a partir de suas violações.

A definição orientada pelo interesse público considera a corrupção segundo a perspectiva ética-moral. A configuração do ato corrupto sobre esta sistemática exige o ganho para o corrupto e o consequente prejuízo para o público<sup>14</sup>. Para essa explicação é necessário diferenciar o interesse público da ampla noção de bem comum<sup>15</sup>. A vagueza do conceito admite múltiplas visões de corrupção, variável de acordo com a amplitude de interesse público prejudicado.

Quanto à interpretação a partir da lei e regulamentações ela é tratada como abuso público. A corrupção é desvio do dever do agente público definido legalmente como fazer ou não fazer determinada conduta em função de benefícios pessoais<sup>16</sup>. A deficiência desta definição estaria centrada em sua natureza meramente formal,

---

<sup>11</sup> FILGUEIRAS, Fernando. Teoria Política da Corrupção. **I Simpósio USP / IUPERJ de Pós-Graduação em Teoria Política**. Anais. São Paulo. 24 a 26 set. 2003. p.27.

<sup>12</sup> BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. **Revista de Administração Pública**. v.30, n.1, jan./fev. 1996. Rio de Janeiro. p.65. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

<sup>13</sup> Ibid., p.65.

<sup>14</sup> Ibid., p.67.

<sup>15</sup> GUIMARÃES, Juarez. Interesse público. In: AVRITZER, Leonardo. **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2008.

<sup>16</sup> BREI, op. cit., p.69.

sendo possível a ocorrência de distorções de interpretações, vez que os valores para os adeptos dessa teoria são indiferentes. Os *lobbyistas*, por exemplo, largamente identificados no sistema empresarial brasileiro dificilmente seriam considerados corruptos<sup>17</sup>.

A última conceituação da corrupção seria orientada pela opinião pública. A definição centrada na sociedade ampara-se na compreensão da população sobre o fenômeno<sup>18</sup>. A corrupção é graduada segundo sua intensidade crescente em: branca, ou tolerável; negra, para qual se busca punição e cinza, aquela que divide opinião sobre a necessidade de punição. A corrupção seria o que o povo pensa dela, embora possua sob este modelo o caráter meramente exploratório.

Apesar da disposição para conceituação, o fenômeno da corrupção historicamente não ocupa uma posição central para os cientistas sociais<sup>19</sup>. A explicação de seu fenômeno na sociedade é discutida de forma isolada, sem pretensões para sua superação. Basicamente três teorias sociais se prestam a sua explicação.

A primeira das teorias é a da modernização. Para ela, a sociedade seria um grande sistema com múltiplas partes coordenadas para o bom funcionamento. A corrupção seria a perda de coordenação das partes estruturantes. Os teóricos que encabeçam tais ideias acreditam no potencial da corrupção para estimular o desenvolvimento, desde que mantida com níveis controlados<sup>20</sup>. As críticas a esta explicação residem no descompasso entre o desenvolvimento institucional, que por natureza é paulatino, e o movimento evolutivo da política<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> GRAZIANO, Luigi. O Lobby e o Interesse Público. **Revista Brasileira de Ciências Sociais Soc. [online]**. 1997, vol.12, n.35, <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69091997000300009>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

<sup>18</sup> BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. **Revista de Administração Pública**. v.30, n.1, jan./fev. 1996. p.71. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

<sup>19</sup> FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública [online]**. 2009, vol.15, n.2, p.386-421. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762009000200005>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

<sup>20</sup> GOMES, José Vitor Lemes. A corrupção em perspectivas teóricas. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – UFJF**. V.5, n.1 e 2 jan./dez. 2010. Disponível em: <[HTTPS://teoriaecultura.ufjf.emnuvens.com.br/TeoriaeCultura/article/view/2882](https://teoriaecultura.ufjf.emnuvens.com.br/TeoriaeCultura/article/view/2882)>. Acesso em 20 jun. 2017.

<sup>21</sup> AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília, DF: CEPAL. Escritório/IPEA, 2011. (Textos para Discussão CEPAL – IPEA, 32). p.10. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9732](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9732)>. Acesso em 07 jul. 2017.

Outra teoria é a da escolha racional, identificada pela racionalidade. Inicialmente o modelo foi empregado pelas ciências econômicas para explicação do comportamento dos atores no mercado<sup>22</sup>. A corrupção sob esse sistema é explicada como ação estratégica dos atores políticos<sup>23</sup>. Burocratas, políticos e cidadãos buscam maximizar sua renda privada em detrimento de recursos públicos.

A terceira é teoria da cultura política. A cultura seria uma das variáveis necessárias para o entendimento do comportamento político, responsável pela configuração institucional da sociedade. Em um contexto de liberalização e reforma do Estado a corrupção passa ser entendida como uma prática tolerável<sup>24</sup>. A percepção sobre o fenômeno variará, portanto, de acordo com sua frequência em determinada comunidade<sup>25</sup>. Quanto mais identificáveis práticas corruptas, mais naturais elas pareceriam.

As teorias sobre a corrupção apresentam a marcante influência norte-americana, em razão do contexto em que foram cunhadas. Os referenciais para compreensão da corrupção são marcados por estratégias econômicas e política de concorrência de mercado. Tanto é assim, que é de experiência americana a proposta de “equacionalização” da corrupção. Robert Klitgaard, economista americano, entende a corrupção (C) como resultado da soma do monopólio (M) à discricionariedade (D) menos *accountability* (A), onde  $C = M + D - A$ <sup>26</sup>. Haverá tendência à corrupção sempre que existir detenção e poder exclusivo sobre um bem ou serviço, houver também discricionariedade e não existirem instrumentos de controle.

A doutrina norte-americana valoriza a experiência do *accountability* para o combate à corrupção, responsável por minimizá-la a partir de políticas de

---

<sup>22</sup> GOMES, op. cit.

<sup>23</sup> AVRITZER, op. cit., p.11.

<sup>24</sup> AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília, DF: CEPAL. Escritório/IPEA, 2011. (Textos para Discussão CEPAL – IPEA, 32). p.13. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9732](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9732)>. Acesso em 07 jul. 2017.

<sup>25</sup> GOMES, José Vitor Lemes. A corrupção em perspectivas teóricas. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – UFJF**. V.5, n.1 e 2 jan./dez. 2010. Disponível em: <[HTTPS://teoriaecultura.uff.emnuvens.com.br/TeoriaeCultura/article/view/2882](https://teoriaecultura.uff.emnuvens.com.br/TeoriaeCultura/article/view/2882)>. Acesso: em 20 jun. 2017.

<sup>26</sup> KLITGAARD, Robert. International cooperation against corruption. **Finance & Development**, v. 35, n. 1, p. 3-6, 1998. Disponível em: <[HTTPS://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1998/03/pdf/klitgaar.pdf](https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1998/03/pdf/klitgaar.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2017.

desestímulo<sup>27</sup>. A expressão estrangeira, que não possui tradução exata na língua portuguesa, se refere aos mecanismos de fiscalização e responsabilização dos gestores através de instrumentos de prestação de contas<sup>28</sup>. As políticas de *accountability* promoveriam ferramentas para que o povo concretizasse seus interesses<sup>29</sup>.

O Brasil comporta instrumentos de natureza *accountability* especialmente representados pelos mecanismos de proteção das garantias fundamentais dos cidadãos. A Constituição Federal estabelece mecanismos de controle e interferência da população<sup>30</sup>, tais como: a previsão da ação popular no art.5º, inciso LXIII; a responsabilização do Presidente da República no art.85 e a curiosa responsabilização por ato de improbidade administrativa, descrita no §4º do art.37. A disponibilidade desses mecanismos de controle permite concluir que a endemia de corrupção não é um problema de falta de lei, mas na deficiência de sua aplicação<sup>31</sup>. É justamente esse sistema de controle e proteção da ordem jurídica brasileira que formata o conceito da corrupção.

## 2.2- Moralidade e improbidade administrativa: a luta por uma Administração Pública proba.

Embora as ciências sociais busquem descrever a corrupção, a experiência brasileira de combate à corrupção pressupõe a apresentação dos princípios

---

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública** — Rio de Janeiro 43(6):1343-1368, nov./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/2410/241016446006/>>; Acesso em: 10 jul. 2017.

<sup>29</sup> Guillermo O'Donnell discute com profundidade o tema da *accountability*. É de sua responsabilidade a reflexão de que existiriam duas dimensões, uma vertical e outra a horizontal. A definição da expressão estaria relacionada à intervenção do povo para realização de seus interesses. *Accountability* vertical se refere à representação em que os cidadãos concretizam seus interesses a partir de eleições livres, com ampla possibilidade de expressão de opinião e associação, assim como capacidade de reivindicação. Já a *accountability* horizontal corresponde à participação direta, baseia-se em mecanismos institucionais desenhados para assegurar que as ações dos agentes públicos estejam relacionadas a um marco legal e constitucional, como por exemplo, a separação de poderes, um sistema de freios e contrapesos e agências de controle especializadas. O'DONNELL, G. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 44, 1998. p. 27-54.

<sup>30</sup> ARANHA, Ana Luiza Melo; ALMEIDA, Helga do Nascimento. Instituições de accountability e (des) confiança: Legislativo e Judiciário em análise comparada. **Revista de Discentes de Ciência Política da UFSCAR**. vol.3 — n.1 — 2015 p.130. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/59-103-1-SM.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

<sup>31</sup> Ibid., p.130.

democráticos nacionais, especialmente do princípio da moralidade, do qual decorreriam os demais e a partir do qual a correção formal e material da Administração Pública é perseguida. Somente através desses conceitos a noção de probidade administrativa, e especialmente de improbidade administrativa podem ser compreendidos.

Da complexa tarefa de definição da corrupção, verifica-se não ser ela mera transgressão legal. Ao contrário, sua manifestação representa o desrespeito aos valores que resguardam a vida em sociedade, compreendendo mais condutas do que a tipificação passiva e ativa do Código Penal comporta. Como os demais atos de improbidade administrativa, a corrupção desrespeita aos princípios constitucionais administrativos, especialmente à moralidade administrativa, que possui posição destacada frente aos demais.

Os princípios possuem conteúdo deontológico, e estão sujeitos à transgressão, porém a natureza valorativa admite também situações de colisão, nas quais determinado princípio precisa ser minimizado para que outro se sobreponha. A contração e descontração dos princípios decorrem de sua equiparação aos valores, embora não seja possível confundi-los. O princípio possui um espectro menor de interpretação<sup>32</sup> e, portanto, trata-se uma conduta juridicamente exigível, enquanto o valor limita-se à dimensão axiológica, e por consequência especulativa.

Ronald Dworkin é um dos percussores da discussão sobre os princípios jurídicos. Apesar de nitidamente apresentar sua filiação legalista, reconhece a existência de princípios comuns responsáveis por uma governança mais abrangente. Haveria na teoria dworkiana o reconhecimento do referencial moral para prolação de decisões judiciais. A separação do direito em relação à moral fica clara em sua teorização sobre a independência de um para com o outro, embora identifique que os princípios morais possam ser traduzidos na linguagem jurídica neutra do direito. A importância de um princípio seria verificável por sua capacidade de afastamento de injustiça, ou seja, sua contribuição para o resultado justo<sup>33</sup>.

Em que pese as importantes discussões desenvolvidas por Dworkin, o destaque aos princípios no sistema jurídico teve seu desenvolvimento a partir da

---

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros. 2008. p.45.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2001. p. 133-137.

filosofia linguística analítica<sup>34</sup>. Foram as discussões sobre a linguagem e moral que serviram de esteio para teoria da linguagem normativa, estas instrumentalizadas por teorias meta-éticas<sup>35</sup>. Os modelos de discursos práticos propõem-se a promoverem racionalmente soluções normativas justas.

O jusfilósofo Robert Alexy é reconhecido na ciência jurídica ao desenvolver teoria acerca da argumentação jurídica e importante estudo sobre os princípios e regras. Em sua obra “Teoria da argumentação jurídica” são apresentadas as teorias precedentes, em que se discutem as posições dos valores no sistema jurídico, para interpretação da norma e obtenção do resultado justo, ou correto do ponto de vista do procedimento<sup>36</sup>.

A Teoria de Hare, melhor identificada como teoria da linguagem da moral analisa os imperativos e as palavras de valor. Em breve síntese sustenta que julgamentos morais implicam em imperativos. Sua grande contribuição seria a dedução de duas regras básicas, identificáveis como princípio da universalidade e princípio da prescritividade<sup>37</sup>, que permitem encontrar o julgamento correto para cada situação. Já a Teoria de Baier se destaca pela análise do argumento moral. Para este teórico um julgamento moral será considerado verdadeiro desde que observadas regras, critérios e condições para este estabelecimento, ou seja, a sua definição dependerá do referencial eleito<sup>38</sup>.

Robert Alexy, a partir das teorias linguísticas sobre o justo e a influência dos valores morais para definição de sua correção, passa a distinguir as normas jurídicas em regras e princípios, situados em níveis diferentes<sup>39</sup>. O mesmo autor define os princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas<sup>40</sup>. Ainda sobre os princípios, os identifica como proposições normativas de tão alto nível de generalidade que podem ser aplicados

---

<sup>34</sup> ALEXY, op. cit., p. 45.

<sup>35</sup> DWORKIN, op. cit., p. 47.

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Editora Landy. 2001. p. 60-70.

<sup>37</sup> O princípio da universalidade orienta-se por uma regra moral de verdade, onde situações iguais devem ser tratadas da mesma maneira. O que para Hare se justificaria pelo emprego da própria lógica, de modo que os julgamentos de valor obedeceriam a certa regularidade de forma, tornando estimável o resultado alcançado. Já o princípio da prescritividade responderia à definição de uma condição para seu cumprimento. Os julgamentos morais seriam universais. O discurso moral seria uma atividade racional assemelhada às ciências empíricas. Ibid., p. 70-77.

<sup>38</sup> Ibid., p. 87.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros. 2008. p. 90.

<sup>40</sup> Ibid., p. 95.

independentes de outras premissas normativas, apenas limitados por outros princípios. Seria possível inclusive que fossem introduzidos como descrições dos estados de coisas em que são considerados bons<sup>41</sup>. E quando balizadores de definições precisas definitivas irão apresentar estrutura de regras. Os princípios teriam aplicações de dois tipos: princípio de conteúdo ou material e princípio formal ou procedimental<sup>42</sup>.

A teorização sobre princípios e regras de responsabilidade de Robert Alexy não busca a homogeneização da ordem jurídica perante os direitos fundamentais, mas sim revelar as estruturas principiológicas e valorativas presentes nas codificações. A positivação dos direitos fundamentais representaria a abertura do sistema jurídico frente ao sistema da moral. Onde a finalidade estatal seria assegurar a efetivação dos direitos fundamentais de dignidade, liberdade e igualdade<sup>43</sup>.

Para os críticos, como é o caso de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, a teoria de Robert Alexy falharia em caracterizar deontologicamente os princípios, pois subordinaria indevidamente o Direito a uma moralidade convencional de Direito Natural<sup>44</sup>. A ponderação, por seu turno, seria para ele uma interpretação teleológica da moral, onde se admitira a colisão de valores<sup>45</sup>.

Entre apoio e crítica, o posicionamento prevalecente sobre o comportamento dos princípios é de que seriam normas imediatamente finalísticas, e nas palavras de Humberto Ávila “primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, onde a aplicação demandaria uma avaliação entre o estado de coisas e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária”<sup>46</sup>. Será de responsabilidade dos princípios a orientação do intérprete, seja para solução de demandas, ou para gestão pública.

---

<sup>41</sup> ALEXY, 2001. Op. cit., p. 88.

<sup>42</sup> O primeiro é responsável por expressar os valores constitucionalmente assegurados, ou seja, é o conteúdo de natureza fundamental que lhe define. O segundo possui justificação na representação democrática é aquele por meio do qual o legislador é autorizado para tomada de decisões para comunidade. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle jurídico da legitimidade da atividade regulatória normativa**. 2007. 343f. Tese de Doutorado. Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041800.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017. p. 153-155.

<sup>43</sup> Ibid., p. 159.

<sup>44</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.215.

<sup>45</sup> Ibid., p.217.

<sup>46</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.122.



A apresentação comportamento dos princípios e da influência da moral para obter o resultado justo dentro das teorias argumentativas são pressupostos para compreensão do princípio da moralidade, que ocupa posição de prevalência frente os demais. Seria ele um super princípio, informador dos demais<sup>47</sup>, sendo possível considerá-lo o princípio dos princípios, não meramente integrante do princípio da legalidade.

A moral amplamente discutida durante a história da humanidade, alcança destaque e sistematização com o filósofo alemão Immanuel Kant, para quem as regras morais comportar-se-iam como imperativos categóricos, responsáveis por orientar as ações humanas<sup>48</sup>. Para ele a moral é o que permitiria ao homem distinguir o bem do mal. A correção das condutas seria identificável a partir da possibilidade de universalização das mesmas, de modo a atender à máxima kantiana “age unicamente segundo a máxima que faz que possas querer ao mesmo tempo em que ela se torne uma lei universal”<sup>49</sup>.

Direito e moral indiscutivelmente não se confundem, embora possuam pontos de convergências. É inegável que direito enquanto instrumento de coesão social também seja forjado a partir da moral e dos costumes<sup>50</sup>. E a moral, por sua vez, porquanto não prescreva sanções é referencial para orientação dos comportamentos, além de congregar valores expressos por meio dos princípios.

É sob a referência da moral que na França em meados do século XX a noção de moralidade administrativa é formatada<sup>51</sup>. Atribui-se a Maurice Hauriou a responsabilidade por prescrever no Conselho de Estado francês<sup>52</sup> que os atos jurídicos administrativos deveriam estar em conformidade com os princípios basilares da boa administração<sup>53</sup>. Haveria uma zona de policiamento do ato administrativo entendida como zona da moralidade administrativa<sup>54</sup>.

---

<sup>47</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.31.

<sup>48</sup> RICOEUR, Paul. Ética. da moral à ética e às éticas. CANTO-SPERBER, Monique. **Dicionário de ética e filosofia da moral**. v.1, São Leopoldo: Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. 2003. p.591-595.

<sup>49</sup> Fundamentação da metafísica dos costumes, 2ª seção.

<sup>50</sup> BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. **Boletim do Ministério da Justiça**. Lisboa, v.1. p.456.

<sup>51</sup> GIAMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 43.

<sup>52</sup> Caso Gommel, Sirey, 1917.

<sup>53</sup> BRANDÃO, op. cit., p.457.

<sup>54</sup> Ibid., p.457.

A conceituação da expressão moralidade administrativa somente foi realizada por Maurice Hauriou anos após a decisão na 10ª edição da obra “Précis.”, onde a apresenta como “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”<sup>55</sup>. O jurista francês orientava o controle da moralidade através da Teoria do Desvio do Poder, onde as exigências da moralidade eram mais amplas que a da legalidade jurídica. Para ele os atos jurídicos não deveriam ser somente legais, mas também estar protegidos dos desvios de poder, submetidos ao controle de moralidade<sup>56</sup>.

Foi Henri Welter, contemporâneo de Maurice Hauriou, responsável por identificar além do desvio do poder, o erro de fato e o controle dos motivos como hipóteses de ofensa à moralidade administrativa. A ele também é atribuída a diferenciação da moral administrativa da comum, especialmente em sua obra “Le cōntrole hiérarchique de l’administration dans la forme jurisdictionnelle”, em 1938<sup>57</sup>. Porém o vanguardismo das ideias de Maurice Hauriou e Henri Welter não impacta em transformações concretas no período, mantendo-se na França o controle da moralidade inserido no âmbito da legalidade<sup>58</sup>.

A ausência de sistematização imediata não esvaziou a força orientadora da noção de moralidade administrativa. Principalmente porque de início a noção pós-positivista que respalda a doutrina dos princípios não estava consolidada. O direito insistentemente distinguia-se da moral, e negava quaisquer pontos de intersecção<sup>59</sup>. Tratando-se especificamente do Brasil, é somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que a moralidade é descrita expressamente na qualidade de princípio no caput do art.37<sup>60</sup>. Embora já se discutisse a matéria da moralidade no âmbito doutrinário brasileiro<sup>61</sup>.

Com o princípio da moralidade administrativa passam a estarem vedadas condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral médio superior

---

<sup>55</sup> Ibid., p.457.

<sup>56</sup> GIAMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa – história de um conceito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. 230: 291/303. Out/dez. 2002. p. 296.

<sup>57</sup> GIAMUZZI, 2002, op. cit., p. 51.

<sup>58</sup> Ibid. p. 109.

<sup>59</sup> MELLO, Cláudio Ari. Fragmentos teóricos sobre a improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 235: 93-116, Jan./Mar. 2004. p. 94-96.

<sup>60</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso: 05 de mai. 2017.

<sup>61</sup> Manoel de Oliveira Franco Sobrinho trata da moralidade administrativa na obra “O controle da moralidade administrativa” de 1974. GIAMUZZI, 2002, op. cit., p. 299.

da sociedade<sup>62</sup>. A inserção deste princípio atende justamente à insuficiência da legalidade para orientar a atuação administrativa<sup>63</sup>. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente serão corretamente compreendidos a partir da moralidade como parte integrante do seu conteúdo<sup>64</sup>. Nas exatas palavras de Cármen Lúcia Antunes “toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta”<sup>65</sup>.

As conclusões sobre a moralidade e sua natureza jurídica de princípio parecem sintetizadas de forma coerente a partir da observação de Cláudio Ari Mello que entende a moralidade administrativa como a aplicação da razão prática orientada para um bem no campo específico da atividade da Administração Pública. Porém do ponto de vista utilitário, é digna de nota a interpretação sistêmica que José Guilherme Giamuzzi, responsável por compreender a moralidade como veiculação da boa-fé do Direito Privado para o Direito Público<sup>66</sup>. A importância da boa-fé adviria da proteção à confiança, enquanto elemento componente do Estado de Direito Social<sup>67</sup>.

É de conclusão de José Guilherme Giamuzzi que a moralidade seria a dimensão objetiva, enquanto a modalidade subjetiva estaria consubstanciada na improbidade administrativa, descrita no §4º do art.37 da Constituição Federal. Ela seria composta por dois vetores comporiam a moralidade administrativa: a boa-fé objetiva e o dever de probidade<sup>68</sup>, este último expresso diretamente no art.4º da Lei 8.429/92<sup>69</sup>. O referido dever estaria vinculado à honestidade, à proibição de atos desonestos<sup>70</sup>.

---

<sup>62</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os direitos fundamentais**. 3ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p.54.

<sup>63</sup> MELLO, op. cit., p. 106.

<sup>64</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 213.

<sup>65</sup> Ibid., p. 213.

<sup>66</sup> GIAMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa – história de um conceito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. 230: 291/303. Out/dez. 2002. p. 296.

<sup>67</sup> GIAMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e boa-fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 266.

<sup>68</sup> Ibid., 162.

<sup>69</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012. p.71.

<sup>70</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os direitos fundamentais**. 3ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p.54.

### 2.3 - Ação de improbidade administrativa como instrumento de moralização da Administração Pública.

O §9º do art.14 da Constituição Federal expressamente diferencia a moralidade e a probidade administrativa ao enunciar cada uma como destinatária de proteção específica<sup>71</sup>. O art.4º, inciso V da Lei 1.079/1950, Lei de Responsabilidade, confirma a proteção à probidade administrativa. Todavia, é o art.3º da Lei 8.666/1993, norma que disciplina o procedimento licitatório e os contratos com a Administração Pública, que apresenta expressamente o princípio da probidade<sup>72</sup>, o que não o torna limitado a esta lei, mas somente corrobora com a individualização doutrinária frente à moralidade.

Wallace Paiva Martins Júnior sobre o princípio da probidade conclui que dele deduz-se um direito público subjetivo do cidadão ter uma administração proba e honesta, com concretização através da disponibilidade de instrumentos de combate à improbidade<sup>73</sup>. Dentre os mecanismos existentes no sistema jurídico brasileiro, a genuína Lei de Combate à Improbidade Administrativa é ferramenta com potencial de eficiência, porém subutilizada no combate à corrupção.

Os atos administrativos devem se pautar pela probidade e lealdade. Neste panorama, a moralidade administrativa amplia sua significação e transmuta-se de simples direito, para direito público subjetivo do cidadão: onde todo o cidadão tem direito ao governo honesto<sup>74</sup>. Sendo válido assinalar distinção realizada por Waldo Fazzio Júnior entre imoralidade e a improbidade<sup>75</sup>. A imoralidade contraria o princípio constitucional da moralidade, enquanto a improbidade desrespeitaria o

<sup>71</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso: 05 de mai. 2017.

<sup>72</sup> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. BRASIL. Lei nº 8.666/93. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. 21 jun. 1993. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

<sup>73</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.108.

<sup>74</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

<sup>75</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012.p.124.

conjunto coordenado de princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Em que pese o destaque da temática promovida pela Constituição Cidadã, a moralidade já se fazia presente na legislação administrativa do país desde o período republicano. O Decreto 19.398/1930<sup>76</sup>, destinado à instituição do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, enunciava expressamente em seu art.7º a salvaguarda da moralidade pública. Enquanto as constituições posteriores dedicavam-se às sanções para atos ímprobos, como a Constituição de 1934, responsável por legitimar qualquer cidadão a pleitear a anulação de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e Municípios e a Constituição de 1946, instituidora do sequestro e perdimento de bens para hipótese de influência ou abuso de função pública<sup>77</sup>.

Somente nos anos seguintes passam a ser regulamentados os crimes contra a probidade da Administração Pública, por meio da Lei Federal 1.079/1950 e suas sanções, a partir das Lei Pitombo-Godoy Ilha, Lei 3.164/1957 e a Lei Bilac Pinto, Lei 3.502/1958<sup>78</sup>. Também a Lei 9.784/1999 apresenta importante contribuição por expressamente relacionar a boa-fé como um dos critérios que devem pautar os atos administrativos<sup>79</sup>.

Finalmente, alcança-se a figura da “improbidade administrativa”, por meio da Lei 8.429/1992, que nada mais é do que a imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem<sup>80</sup>. Sua proposta foi realizada através do Projeto de Lei 1.446/1991 como forma de coibir o enriquecimento ilícito. Era de intenção do proponente “combater a prática desenfreada e impune de atos de corrupção”<sup>81</sup>. E, assim, a referida norma passou a disciplinar o §4º do art.37 da Constituição Federal/1988, tendo por orientação o

---

<sup>76</sup> TÁCITO, Caio. Improbidade Administrativa como forma de corrupção. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 8, novembro, 2001. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 set. 2009.

<sup>77</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 698.

<sup>78</sup> Ibid., p.699.

<sup>79</sup> BRASIL. Lei nº 9.784/1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>80</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, p. 654.

<sup>81</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 1.446/91. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192235>>. Acesso em 20 jul. 2017.

princípio da improbidade que fornece sua justificação, e que por sua vez decorre do princípio da moralidade<sup>82</sup>.

A Carta Magna de 1988 disciplinou o funcionamento da Administração Pública e impôs a correção às condutas dos agentes públicos<sup>83</sup>. Os atos de improbidade administrativa passaram a ser expressamente reprimidos. E em uma inovação sem precedentes, foram estabelecidas constitucionalmente sanções não penais para punição da improbidade sob as espécies de: 1) perda da função pública, 2) indisponibilidade dos bens e 3) ressarcimento ao erário<sup>84</sup>.

Em vigência por mais de duas décadas, sua regularidade foi questionada em várias oportunidades, tanto quanto à sua formalidade<sup>85</sup>, como em relação à matéria<sup>86</sup>. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.295 – Distrito Federal<sup>87</sup> de relatoria do Ministro Marco Aurélio pendente de julgamento, é responsável por questionar sua compatibilidade com o direito fundamental à individualização da pena.

A existência de questionamento à constitucionalidade e a divergência da definição da ação de improbidade administrativa não enseja confusão com a

---

<sup>82</sup> TÁCITO, Caio. Improbidade Administrativa como forma de corrupção. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 8, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 mai. 2017. p.2.

<sup>83</sup> “A locução agente público compreende todas as pessoas que mantêm vínculo de trabalho, temporário ou permanente, a qualquer título, com o Estado. Vale para a administração direta e indireta, quer dizer, designa a pessoa natural que, sob pretexto, exerce atividade típica do Estado” FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>84</sup> Art.37, § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso: 05 de mai. 2017.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.182/Distrito Federal. Relatora: Ministra Carmén Lúcia, **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão, 09 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1815370>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.295 – Distrito Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio, Acompanhamento processual. Em tramitação. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3751870>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

<sup>87</sup> A Adin nº 4.295 é responsável por questionar os art.2º; art.3º; art.9º; art.10; art.11; art.12, incisos I, II e III; art.13; art.15, art.17 e seu § 003º; art.20, parágrafo único; art.21, inciso I; art.22; e o art.23, inciso 0II, todos da Lei nº 8429, de 02 de junho de 1992 por alegada afronta ao art.5º, inciso XLVI da Constituição Federal, por alega desrespeito à individualização das condutas para fins de punição. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.295 – Distrito Federal, Relator: Ministra Marco Aurélio, Acompanhamento processual. Em tramitação. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3751870>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

responsabilização dos demais âmbitos do sistema jurídico<sup>88</sup>. As instâncias civil, penal e administrativa são em relação à Lei de Improbidade Administrativa independentes na tutela da probidade administrativa<sup>89</sup>. Todas com as suas especificidades, vez que os próprios objetivos da ação de improbidade administrativa não são iguais às demais demandas de responsabilização.

O dever geral de probidade<sup>90</sup> é ponto de convergência de todas as normas regulatórias da atividade pública, especialmente da tutela penal, pois embora, possam coexistir não se confundem. A improbidade administrativa comporta ampla responsabilização, enquanto as demandas criminais estão restritas às tipificações normativas e sujeitam-se à disciplina garantista. Ambas as ações, as ações de improbidade administrativa e as criminais merecem destaque na atualidade brasileira em razão da movimentação social/política de intolerância à corrupção da Administração Pública diante da crise institucional suportada pelo Brasil.

Importa destacar que os referidos atos são ilícitos por expressarem comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica<sup>91</sup>, é a conduta contrária à devida. O referido ilícito, porém, não possui exata correspondência nem cível, nem administrativa, nem penal, representando um quarto gênero<sup>92</sup>.

Os atos ilícitos de improbidade administrativa possuem tipicidade proibitiva mais ampla e genérica do que a penal, ponto em que se assemelham aos ilícitos administrativos, cuja legislação, via de regra, é composta por normas em branco, cujos conceitos primários são incompletos, carente de uma integração normativa<sup>93</sup>. Assim, basta que a lei defina genericamente a infração, para que seja aplicada a pena, usando para tanto larga margem de poder discricionário<sup>94</sup>.

Como consequência da abstração dos atos de improbidade administrativa seus ilícitos nem sempre coincidem com os ilícitos penais, de modo que a Lei de Improbidade Administrativa representa a mais abrangente ferramenta de combate

---

<sup>88</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. Ed. São Paulo: ed. RT, 2015. p. 278-219.

<sup>89</sup> Ibid., p. 338-339.

<sup>90</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012.p.71.

<sup>91</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. 2.ed. São Paulo: RT, 2005. p. 17.

<sup>92</sup> CAPEZ, Fernando. **Limites Constitucionais à Lei de Improbidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>93</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. Ed. São Paulo: ed. RT, 2005. p. 281-284.

<sup>94</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Direito e processo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1996. p. 72.

aos vilipêndios à Administração Pública. Sendo 03 (três) as frentes de atuação, representadas pelas diferentes seções da Lei 8.429/1992: a) atos que importam enriquecimento ilícito; b) atos que causam prejuízo ao erário; c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública<sup>95</sup>.

No dizer de Waldo Fazzio Júnior a massa dos atos de improbidade administrativa seria composta pelas condutas caracterizadas pelo desvio dos deveres formais e obtenção de benefícios pecuniários ou de prestígio<sup>96</sup>. Os art.9º, 10 e 10-A catalogam as práticas definíveis como improbidade administrativa. O art.9º se refere à direta incorporação dos bens públicos ao patrimônio particular. O art.10, por sua vez, trata da facilitação de aproveitamento de terceiro. O recém-acrescentado art.10-A compreende a concessão ou manutenção indevida de benefício financeiro ou tributário.

Será art.11 que permitirá a adequada identificação das condutas classificáveis como atos de improbidade nos termos da Lei 8.429/1992. O art.11 é eleito como ponto de partida exegético, pois se ocupa da improbidade administrativa em si mesma<sup>97</sup>. A natureza sancionatória da Lei de Improbidade demanda a identificação do elemento subjetivo, dolo ou culpa. Onde dolo é consciência da ilicitude, enquanto a culpa é à vontade direcionada ao fato. O tipo culposos não pode servir de instrumento para o arbítrio ou para gerar intolerável insegurança jurídica<sup>98</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça em sua posição referencial de julgamento apresenta orientação para que o ato de improbidade administrativa não se confunda com mera ilegalidade<sup>99</sup>. A lei deve alcançar o administrador desonesto, não o inábil,

---

<sup>95</sup> BRASIL, Lei 8.429, 02 de jun. de 1992. **Dispõe sobre as ações aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2016.

<sup>96</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012. p.123.

<sup>97</sup> Ibid., p.129.

<sup>98</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. O princípio da culpabilidade e a improbidade administrativa. In.: OLIVEIRA, Alexandre Albagli, FARIAS, Cristiano Chaves; GHIGNONE, Luciano Taques. **Estudos sobre improbidade administrativa**. Salvador: Jus Podivm. 2012; p.168.

<sup>99</sup> AIA 30/AM, Corte Especial, DJe. de 27/09/2011. Sendo possível a citação de exemplos de precedentes sobre a distinção de ato de improbidade administrativa e mera ilegalidade: (...) É firme a jurisprudência do STJ, inclusive de sua Corte Especial, no sentido de que "não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10." (AIA 30/AM, Corte Especial, DJe. de 27/09/2011). 2. A Corte de origem, ao consignar que o enquadramento do agente público no art. 11 "não exigiria a comprovação de dolo ou culpa por parte do gestor público, ou mesmo a existência de prejuízo ao erário", contrariou o



como prescrito no R. Esp. 213994/MG, Ministro Garcia Vieira<sup>100</sup>. Todavia, embora não se trate de posicionamento dominante, existem precedentes que registram a consideração da mera ilicitude ou imoralidade para configuração do ato de improbidade, tendo por referência justamente o conteúdo do art.11<sup>101</sup>. As possibilidades interpretativas para configuração do ato de improbidade administrativa demandam a investigação de seu elemento subjetivo. No dizer de Alexandre Albagli Oliveira um ato poderá ser formalmente ímprobo, mas não estar presente o elemento subjetivo do respectivo ato de improbidade<sup>102</sup>. Sob esta perspectiva será necessário que se verifique a ofensa ao princípio da probidade, através da consciência da ilicitude de conduta que efetivamente prejudique a Administração Pública, seja na ofensa direta ao erário, ou pela escolha de uma opção que desvantajosa ao Estado.

Considerando que o art.10 da Lei 8.429/1992 também admite condutas culposas, estas serão somente aquelas consideradas graves<sup>103</sup>. A hipótese culposa manifesta-se como condutas de alta violação do dever de cuidado, de modo que mesmo nas hipóteses de “imprudência, imperícia e negligência”<sup>104</sup> haverá ofensa ao princípio da eficiência, que exige do gestor público a responsabilidade pela decisão mais vantajosa para Administração Pública.

---

entendimento desta Corte. 3. Como o agravante não trouxe argumento capaz de infirmar a decisão que deseja ver modificada, esta deve ser mantida em seus próprios fundamentos. Agravo regimental improvido. STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL Ag.Rg. no R.Esp. 1253667 MG 2011/0084950-7 (STJ) Ministro Relator Humberto Martins. DJe. 11/05/2012. Disponível em: < [HTTPS://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21668983/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1253667-mg-2011-0084950-7-stj](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21668983/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1253667-mg-2011-0084950-7-stj)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

<sup>100</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. R.Esp. nº 213994/MG, Min. Garcia Vieira, 17/08/1999. Disponível em: < [HTTPS://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8374892/recurso-especial-resp-213994-mg-1999-0041561-2](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8374892/recurso-especial-resp-213994-mg-1999-0041561-2)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

<sup>101</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp. 880.662/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe. 01/03/2007. Disponível em: < [HTTPS://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9002360/recurso-especial-resp-880662-mg-2006-0170488-9/inteiro-teor-14175418](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9002360/recurso-especial-resp-880662-mg-2006-0170488-9/inteiro-teor-14175418)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

<sup>102</sup> OLIVEIRA, Alexandre Albagli. A tormentosa abordagem do elemento subjetivo... In.: OLIVEIRA, Alexandre Albagli, FARIAS, Cristiano Chaves; GHIGNONE, Luciano Taques. **Estudos sobre improbidade administrativa**. Salvador: Jus Podivm. 2012; p.105-107.

<sup>103</sup> Ibid., p.114.

<sup>104</sup> **Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. BRASIL. Lei nº10.406 de 10 de jan. 2002. Código Civil. Disponível em: < [HTTPS://presrepública.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-186](https://presrepública.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-186)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

## 2.4- Limites e possibilidades da responsabilização em ação de improbidade administrativa.

A doutrina e a jurisprudência esclarecem o alcance da Lei de Improbidade Administrativa, porém a indefinição da natureza jurídica de seu ilícito ainda suscita dúvidas aos cidadãos. A ação de improbidade administrativa destinada ao processamento do ato improprio é classificada como *sui generis*, posto que apesar de ser regida pelas normas do Código de Processo Civil, recepciona as garantias constitucionais penais<sup>105</sup>. Garantias essas que assumem uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que defluem de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam garantias mais amplas ao cidadão<sup>106</sup>.

Outro aspecto importante para apresentação da ação de improbidade administrativa é sua distinção da ação popular e da ação civil pública. Embora se trate de regra constitucional propedêutica, a possibilidade de coincidência de objeto merece ser esclarecida<sup>107</sup>. As principais diferenças se referem à legitimação ativa e à dimensão dos objetos perseguidos<sup>108</sup>. A ação civil pública e a ação popular buscam proteger os interesses da coletividade, que podem coincidir com a pretensão de ressarcimento do erário e punição dos agentes ímprobos<sup>109</sup>, ou seja, todas essas ações podem se referir ao mesmo ato de improbidade.

Ainda sobre a distinção da ação de improbidade das demais ações constitucionais para proteção do bem do povo, convém destacar que cada uma será proposta pelos legitimados legais. A ação popular pode ser proposta por qualquer eleitor. A ação civil pública poderá ser proposta pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União, os estados, municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações interessadas<sup>110</sup>.

---

<sup>105</sup> JORGE, Flávio Cheim. **A tutela da probidade administrativa**: crime de responsabilidade ou ação civil de improbidade administrativa? Revista de Processo, n. 131. São Paulo: RT, jan. 2006, p. 260.

<sup>106</sup> GARCIA, Emerson. A Lei de Improbidade e a Dosimetria de suas sanções. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol.58, p.29, 2006.

<sup>107</sup> A ação popular encontra-se regulamentada pela Lei 4.717/65 e a ação civil pública por meio da Lei 7.347/85 e a ação de improbidade administrativa pela Lei 8.429/92.

<sup>108</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012. p.431

<sup>109</sup> BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. CNJ Serviço: Entenda a diferença entre Ação Popular e Ação Civil Pública. 21 dez. 2015. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81222-cnj-servico-entenda-a-diferenca-entre-acao-popular-e-acao-civil-publica](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81222-cnj-servico-entenda-a-diferenca-entre-acao-popular-e-acao-civil-publica)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

<sup>110</sup> Desde que constituídas a mais de 01 (um) ano.

A ação de improbidade administrativa, conforme art. 17, *caput*, será proposta pelo Ministério Público ou qualquer pessoa jurídica interessada. Diante da catalogação dos legitimados nota-se que a única possível coincidência de processamento será da ação de improbidade e ação civil pública proposta pelo Ministério Público em razão de ato ilegal ou imoral praticado por agente público para direcionado à Fazenda Pública<sup>111</sup>.

A vigência prolongada demonstra a adequação de sua existência. Todavia, a sua utilização no efetivo ressarcimento dos cofres públicos ainda é inexpressiva, especialmente ofuscado pela eficiência punitiva criminal. Assim, as carências e pontos de controvérsias da ação de improbidade precisam ser conhecidos para que possam ser enfrentados.

A tradição repressiva dos sistemas jurídicos mundiais estabelece o combate à corrupção por meio da criminalização. Não que as práticas ofensivas aos bens públicos não sejam condutas reprováveis e que autorizam a intervenção punitiva estatal. Ocorre que esta movimentação se posiciona na contramão das propostas de solução pacífica de conflitos<sup>112</sup> e às críticas ao modelo punitivo tradicional. É sob este panorama e diante da impossibilidade de descriminalização da corrupção, diante da grande ofensa da conduta, que o sistema de responsabilização não-penal também precisa ser fortalecido, sobretudo quanto à efetivação da Lei 8.429/1992.

Em levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ o processamento de agentes públicos por prática de crimes contra a Administração Pública era cinco vezes maior do que o número de ações de improbidade administrativas processadas para o mesmo período<sup>113</sup>. Considerando a lógica empregada por José Guilherme Giacomuzzi de que todo ilícito penal contra a

---

<sup>111</sup> FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p.433.

<sup>112</sup> AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília, DF: CEPAL. Escritório/IPEA, 2011. (Textos para Discussão CEPAL – IPEA, 32). p.40. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9732](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9732)>. Acesso em: 10 jul. 2017. p.26-35.

<sup>113</sup> Conclusão resultante da confrontação dos dados do Conselho Nacional de Justiça: Judiciário julgou quase 63 mil processos da meta anticorrupção do CNJ, conforme resultados parciais apresentados em 25/11, durante o 9º Encontro Nacional do Poder Judiciário. ZAMPIER, Deborah. **Agência CNJ de Notícia**. Judiciário julgou quase 63 mil processos da meta anticorrupção do CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81015-judiciario-julgou-quase-63-mil-processos-da-meta-anticorrupcao-do-cnj>>. Acesso em 18 de fev. 2016). Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ apenas foi responsável pelo processamento de 8.183 (oito mil cento e oitenta e três) ações de improbidade administrativa. (Lei de improbidade administrativa) obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et. al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015 p. 100.

Administração configurará, em tese, ato de improbidade administrativa, e que o mesmo não se aplica<sup>114</sup>, resta claro que existe uma sub-responsabilização não penal.

A existência de sanções à corrupção através da ação de improbidade administrativa não implica um descompromisso com a punição criminal dos corruptos. Ao contrário, no dizer de Emerson Garcia a Lei 8.429/1992 acresce ao sistema brasileiro de combate à corrupção mais uma dimensão de responsabilização. O que coloca o Brasil como um dos mais modernos do mundo<sup>115</sup>. A teleologia da norma é impecável, de modo que eventual deficiência ou distorções na interpretação de seus institutos precisa ser diagnosticada e combatida.

Os pontos de maiores controvérsias sobre ação de improbidade administrativa estão ou já estiveram submetidos ao crivo dos tribunais nacionais ou foram enfrentados doutrinariamente, são basicamente<sup>116</sup>: 1) a responsabilização dos agentes políticos; 2) discussão sobre a possibilidade de foro privilegiado; 3) a dosimetria das sanções aplicadas aos agentes ímprobos como discussões de direito material; 4) medidas cautelares de indisponibilidade de bens; 5) mecanismos de obtenção de prova; 6) a vedação às práticas consensuais.

A Lei 8.429/1992 precisamente identifica que o agente público a ser responsabilizado por meio da ação é aquele com cargo, mandato, emprego ou função com as entidades públicas ou equiparáveis<sup>117</sup>. Para melhor identificação do sujeito ativo, Waldo Fazzio Júnior identifica-os em agentes políticos, agentes administrativos e particulares colaboradores com a Administração<sup>118</sup>. Mesmo que os agentes políticos também estejam sujeitos aos crimes de responsabilidade, não

---

<sup>114</sup> GIAMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e boa-fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 55.

<sup>115</sup> GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 233: 103-139, jul./set. 2003. p.130. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/45445-93000-1-PB.pdf>. Acesso em 15 jul. 2017.

<sup>116</sup> Em pesquisa fomentada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça desenvolvida pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP, em 2010, foram levantadas seis questões de principal discussão sobre a improbidade administrativa, quais sejam: 1) a improbidade administrativa frente ao modelo de responsabilização dos agentes; 2) a dosimetria das sanções aplicadas aos agentes ímprobos como discussões de direito material; 3) legitimidade para propositura de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa; 4) medidas cautelares de indisponibilidade de bens; 5) mecanismos de obtenção de prova; 6) a mitigação do princípio da inversão do ônus da prova na hipótese de enriquecimento ilícito.

<sup>117</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012. p.44-48.

<sup>118</sup> Ibid., p.49.

existe nenhuma previsão de imunidade da responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Ao agente político podem ser aplicadas todas as sanções previstas no §4º do art.37 da Constituição Federal/1988 e do art.12 da Lei de Improbidade Administrativa<sup>119</sup>. A tese de que o crime de responsabilidade concorreria com os atos improbidade para fins de responsabilização alicerçava-se na existência de coincidência das sanções de perda de cargo e inabilitação. Todavia, o mesmo ato administrativo pode ser sancionado sob a dimensão da improbidade administrativa, quanto da responsabilidade político administrativa.

Quanto à instância de processamento, as ações de improbidade administrativa são processadas e julgadas originalmente em primeira instância. Por muito tempo, e até com o apoio de modificações na legislação, os sujeitos ativos dos atos de improbidade arguíam a existência de foro especial por prerrogativa de função. Somente após o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.797 e 2.860 os parágrafos 1º e 2º acrescentados ao art.84 do Código de Processo Penal foram afastados e não mais se admitiu a solicitação prerrogativa para julgamento por improbidade administrativa perante o tribunal competente.

É de compreensão pacífica na doutrina que o foro por prerrogativa de função ou foro privilegiado no âmbito criminal é decorrência do princípio hierárquico, mas que não possui a possibilidade de alcançar as ações civis de improbidade administrativa<sup>120</sup>. A própria definição da prerrogativa coloca-a como regra de instrução criminal. Durante um longo período admitiu-se a aplicação do foro privilegiado quando houvesse possibilidade de autoridade investigada perdesse o cargo ou mandato<sup>121</sup>. Todavia, a partir do ano de 2015, com o julgamento da Reclamação n. 10.037, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão afastou-se o foro especial<sup>122</sup> para ações de improbidade administrativa, seja qual fosse a

---

<sup>119</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade administrativa e agentes políticos. In.: OLIVEIRA, Alexandre Albagli, FARIAS, Cristiano Chaves; GHIGNONE, Luciano Taques. **Estudos sobre improbidade administrativa**. Salvador: Jus Podivm. 2012; p.85.

<sup>120</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012. p.438.

<sup>121</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag.Rg. no Ag. 1.404.254/RJ – Rel. Min. Benedito Gonçalves – DJe. 17/10/2011.

<sup>122</sup> Para o Ministro Relator a Constituição conferiu foro privilegiado a autoridades apenas nos casos considerados mais graves, ou seja, naqueles tidos pela lei como crimes. A natureza civil da ação por improbidade permanece mesmo quando há a possibilidade de aplicação da sanção político-administrativa de perda da função ou do cargo, pois essa não se confunde com a sanção penal. CONSULTOR JURÍDICO. Autoridades processadas por improbidade não têm direito a foro

condição do réu, ou a ameaça de qualquer sanção, mesmo a de perda de cargo ou mandato<sup>123</sup>.

Em que pese a flagrante incompatibilidade do procedimento de improbidade administrativa e o sistema punitivo penal, sua natureza sancionatória invoca discussões sobre a dosimetria. Trata-se da invocação da individualização da sanção disciplinado no art.5º, inciso XLVI da Constituição Federal/88. Segundo Fábio Medina Osório, se cada ser humano é um indivíduo, cada infrator deve receber um tratamento individualizado, particular, com a possibilidade de conhecer as concretas e específicas razões do ato sancionador<sup>124</sup>.

O modelo das sanções de improbidade permite, ainda, grande margem de discricionariedade ao julgador, vez que a norma não esclarece quais das punições disponíveis devem ser aplicadas para cada hipótese de improbidade. Não bastasse isso, nem o elemento da confissão possui previsão para alguma recompensa. A jurista Karina Gomes Cherubini acertadamente considera que a confissão e a colaboração no âmbito na ação de improbidade prestigiariam o princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções descritas na Lei 8.429/1992<sup>125</sup>, permitindo a gradação da resposta estatal.

A medida cautelar de indisponibilidade de bens que é uma das poucas ferramentas disponíveis para concretização do ressarcimento ao erário. Conforme art.7º da Lei de Improbidade Administrativa prevê medida cautelar para indisponibilidade de bens destinada a assegurar o resultado útil do ressarcimento perseguido. Durante muito tempo a referida medida assecuratória esteve

---

privilegiado. **Revista Consultor Jurídico**. 25 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-27/autoridades-processadas-improbidade-nao-foro-privilegiado>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

<sup>123</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Rcl. 10.037 – Ministro Relator Luís Felipe Salomão. DJe. 25/03/2015.

<sup>124</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. Ed. São Paulo: ed. RT, 2015. p. 395-396.

<sup>125</sup> A confissão e colaboração prestada seriam consideradas na gradação da sanção administrativa pela conduta que gerou enriquecimento ilícito e/ou foi lesiva ao erário e/ou aos princípios da Administração Pública. A confissão implicaria em redução do apenamento (sic), sendo que o quantum da redução seria avaliado levando em consideração as variáveis da fase em que foi realizada, se desde a fase extrajudicial, durante o inquérito civil, ou somente em juízo. Quanto mais precedente a confissão, maior sua valoração como atenuante da sanção. Em relação à colaboração, seria avaliado o seu grau de efetividade, sendo que quanto mais eficaz para a descoberta de provas e identificação da autoria, mais repercutiria no abrandamento e até eventual afastamento das sanções, inclusive das mais gravosas. Havendo tanto confissão como colaboração para a elucidação do ato de improbidade, ambas teriam seu reconhecimento na dosimetria sancionatória administrativa. CHERUBINI, Karina Gomes. Ampliação da delação premiada aos atos de improbidade administrativa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1519, 29 ago. 2007. Disponível em: <[HTTPS://jus.com.br/artigos/10340](https://jus.com.br/artigos/10340)>. Acesso em: 21 fev. 2016.

condicionada à demonstração de interesse de dilapidação por parte do agente público processado. Todavia, este posicionamento mostra-se superado.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou um entendimento já a muito ventilado pela doutrina, de que a prova do risco de dilapidação dificultaria o procedimento e que o risco se encontrar implícito na existência da prova indiciária do ato de improbidade. Conforme referência realizada no Recurso Especial n. 1.115.452/MA, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, em 20 de abril de 2010, o *periculum in mora* necessário à concessão da medida cautelar de indisponibilidade estaria implícito no comando legal que autoriza a referida medida<sup>126</sup>.

Ainda sobre a indisponibilidade dos bens, é de recente decisão que a medida deve proporcionar a ampla reparação do prejuízo ao erário, inclusive a punição civil de multa. Por se tratar de medida assecuratória, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que pode ela abarcar o bloqueio não somente do valor que se preste ao ressarcimento, mas que também contemple o potencial valor da multa civil<sup>127</sup>.

## 2.5- Deficiência na efetividade da ação de improbidade administrativa no combate à corrupção.

Para o combate à corrupção não faltam leis, sanções, muito menos mecanismos internos para refreá-la. Dentre o período de 1990 a 2009 foram sancionadas 51 leis destinadas ao controle da corrupção, 8% se referem ao controle não estatal, enquanto 27% se referem ao controle judicial criminal e 65% trata do

---

<sup>126</sup>PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal no Estado do Maranhão contra a ora recorrida e outros, em virtude de suposta improbidade administrativa em operações envolvendo recursos do Fundef e do Pnae. 2. A indisponibilidade dos bens é medida de cautela que visa a assegurar a indenização aos cofres públicos, sendo necessária, para respaldá-la, a existência de fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário (*fumus boni iuris*). 3. Tal medida não está condicionada à comprovação de que os réus estejam dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* está implícito no comando legal. Precedente do STJ. Recurso Especial provido. (R.Esp. 1115452/MA Ministro Relator Herman Benjamin, Segunda turma, julgado em 06/04/2010, DJe. 20/04/2010.)

<sup>127</sup>BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. R.Esp. 1629750/SP (2016/0258683-0). Ministro Relator Og. Fernandes. 27 fev. 2017. Disponível em: <<http://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201629750>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

controle administrativo-burocrático<sup>128</sup>. Se não faltam leis, nem procedimentos burocráticos, deve-se devotar atenção à discussão para otimização dos recursos legais existentes.

A experiência criminal no combate à corrupção apresenta que a mudança de perspectiva ampliou o horizonte de resultados, tornando o Brasil referencial histórico equiparável à Itália quando da realização da Operação Mãos Limpas<sup>129</sup>. O grande fortalecimento dos institutos de responsabilização criminal foi resultado do tratamento da corrupção como problema do crime organizado<sup>130</sup>. Foi a denúncia do Inquérito n. 2.245/2005 da Procuradoria-Geral da República, referente ao caso do mensalão, que tratou os crimes contra a Administração Pública como resultantes de uma “sofisticada organização criminosa, dividida em setores de atuação, que se estruturou profissionalmente para prática dos crimes com peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, além das mais diversas formas de fraude”<sup>131</sup>.

A Lei 12.850/2013 é responsável por definir organização criminosa e dispor da investigação criminal, especialmente destinada às ações vinculadas ao terrorismo e tráfico de entorpecente. O grande destaque a esta norma reside na possibilidade de “colaboração premiada”, onde conforme o art.4º, aquele que colaborar voluntariamente poderá alcançar perdão ou reduzir sua punição. A contribuição, porém, não se refere à simples confirmação das informações já conhecidas, seja na fase policial ou judicial, mas terá seus méritos na apresentação fatos novos, que possibilitem a responsabilização de indivíduos não identificados.

O êxito identificável na seara de responsabilização criminal não possui correspondência com a responsabilização político-administrativa. Os tribunais superiores não as confundem, porém, a semelhança entre essas sanções e as criminais é reconhecida. O saudoso Teori Albino Zavascki no julgamento Ag. Reg.

---

<sup>128</sup> AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília, DF: CEPAL. Escritório/IPEA, 2011. (Textos para Discussão CEPAL – IPEA, 32). p.40. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9732](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9732)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

<sup>129</sup> Operação Mãos Limpas.

<sup>130</sup> AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília, DF: CEPAL. Escritório/IPEA, 2011. (Textos para Discussão CEPAL – IPEA, 32). p.40. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9732](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9732)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

<sup>131</sup> AVRITZER, op. cit., p.40.



na Petição n. 3.240/DF, expressou que “embora as sanções aplicáveis aos atos de improbidade não tenham natureza penal, há profundos laços de identidade entre as duas espécies”<sup>132</sup>. Esta compatibilidade patrocina inclusive o Projeto de Lei n. 223/2015 que tramita no congresso com o objeto de atribuir-lhe natureza penal<sup>133</sup>.

A proposta de transformar a ação de improbidade administrativa em procedimento penal não parece ser melhor solução, mesmo que se busque comungar do sucesso repressivo da seara criminal. Medida menos drástica seria a admissão da colaboração premiada como instrumento probatório. Mesmo as medidas sendo de naturezas diversas, a finalidade sancionatória verificada na Lei 8.429/1992 poderia admitir a referida experiência. Esta conclusão somente será possível verificada a compatibilidade entre eles, ou entre outros de natureza semelhante.

Outra experiência de colaboração conhecida no sistema brasileiro é o acordo de leniência introduzido no sistema brasileiro para defesa da concorrência junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Trata-se do pacto com empresas e seus representantes para interrupção de condutas ilegais e fornecimento de informações. As hipóteses de admissão desta modalidade de acordo são específicas e sua aplicação encontra-se vinculada à responsabilização de pessoas jurídicas.

A Lei 12.529/2011 admite a celebração de acordos de imunidade administrativa e criminal por condutas atentatórias contra o sistema econômico<sup>134</sup>. A Lei 12.846/2013, também denominada como Lei Anticorrupção, responsabiliza administrativa e civilmente pessoas jurídicas que ofendam a Administração Pública, e prescreve expressamente possibilidade do acordo de leniência desde que este possibilite a identificação dos demais envolvidos e obtenção célere de informações<sup>135</sup>. Os acordos para fornecimento de informações têm permitido não somente no âmbito criminal, mas também no administrativo em relação às pessoas

---

<sup>132</sup> BRASIL. **Ag.Reg. na Petição 3.240/DF.** Disponível em: < file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/texto\_198663352.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>133</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº223/2015.** Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946078>. Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>134</sup> BRASIL. **Lei 12.529/2011.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>135</sup> BRASIL. **Lei 12.846/2013.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

jurídicas ampliar o espectro probatório, alcançando outros responsáveis além dos conhecidos e identificando valores provenientes de ilícitos.

A experiência de colaboração no âmbito público fora da esfera penal também possui precedente no direito norte-americano através das *qui tam action*, que em alguns pontos se assemelha às ações de improbidade administrativa, principalmente por sua natureza civil e finalidade de ressarcimento ao erário. Trata-se de um instrumento de *accountability*, controle e moralização. A lei que disciplina *qui tam action* foi promulgada em 1863 e funciona por meio de incentivos aos particulares para que tragam à administração federal informações importantes para recomposição do erário<sup>136</sup>.

O incentivo confere ao particular, denominado relator ou *whistle blower* uma fatia do dinheiro recuperado. A norma é histórica e está baseada na ideia de colocar um mercenário para pegar um mercenário. Esta ação foi criada com a intenção de recuperar quantias apropriadas por particulares em razão de declarações falsas, porém por vezes agentes públicos são alcançados.

A experiência do direito comparado não pode, porém, ser recepcionada para realidade brasileira do combate à improbidade. A própria figura da colaboração, mesmo sendo ferramenta disponível para contribuir com o combate à corrupção, possui acentuadas deficiências que devem ser analisadas. A experiência de representantes do Ministério Público do Rio Grande do Norte leva ao registro de que meras testemunhas em inquérito civil podem ser vítimas de experiências violentas<sup>137</sup>. De sorte que eventual mecanismo de contribuição deve ser pensado sob uma estrutura de proteção, hoje somente disponível para colaboradores da seara penal, conforme disciplina da Lei 9.807/1999.

A abertura do sistema da ação de improbidade administrativa poderia estimular a colaboração compensatória, que é o que ocorre na colaboração premiada criminal, no acordo de leniência e na própria experiência da *qui tam action*. A contribuição corresponderia a uma compensação, a um prêmio, que poderia significar exonerar o colaborador de sua responsabilidade. Sendo possível em uma perspectiva negocial que o próprio sistema protetivo ao colaborador pudesse ser

---

<sup>136</sup> COSTA, Susana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Série pensando o direito:** improbidade administrativa. Nº34/2010. 2010. Secretaria de assuntos legislativos do Ministério da Justiça. Brasília. Disponível em: <[http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/34Pensando\\_Direito1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/34Pensando_Direito1.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

<sup>137</sup> Ibid.

dispensado, afinal, ao negociante maior e capaz seria facultado avaliar os riscos e as vantagens de negociar com o Estado.

Em recente experiência a ação de improbidade administrativa passou a admitir temporariamente a realização de acordo, conciliação ou transação por força da Medida Provisória n. 703 de 18 de dezembro de 2015<sup>138</sup> que revogou temporariamente a proibição para realização de acordos durante a persecução judicial, tendo sua vigência retomada em 2016. O §1º do art.17 da Lei 8.429/1992 que veda expressamente a celebração de acordo ou utilização quaisquer outras medidas consensuais que estaria fundado na indisponibilidade do interesse público primário<sup>139</sup>. A repristinação da vedação após o esgotamento da vigência mantém afastadas possibilidades colaborativas, retirando do réu um possível instrumento de defesa, além de contrariar um sistema jurídico que tem privilegiado soluções alternativas de conflito.

A vedação é expressa, e talvez um trabalho acadêmico não possa alcançar sua superação. Todavia, sua recente suspensão por força de medida provisória assinala a controvérsia do dispositivo. É de se questionar se mesmo diante dos pactos internacionais para promoção de práticas alternativas para solução de conflitos que a referida norma ainda vija. Ademais, o próprio Código de Processo Civil esboça em seu art.2º a orientação para soluções consensuais.

Outra dúvida possível seria quanto ao alcance da própria vedação constante no §1º do art.17 da Lei 8.429/1992, vez que trata de proibição da transação, acordo ou conciliação em sede de ação principal. Diante desta sentença seria possível a aplicação da hermenêutica para aplicar a colaboração à fase pré-processual? Haveria compatibilidade de alguma hipótese de acordo em sede de inquérito civil ou criminal?

O Conselho Nacional de Justiça possui dados de que as ações de improbidade administrativa foram quase todas precedidas da instauração de Inquérito Civil, conceituado como o instrumento de investigação próprio do Ministério

---

<sup>138</sup> BRASIL, Medida Provisória nº703. **Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm)>. Acesso em 18 fev. 2016.

<sup>139</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa:** aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1197, p.162.

Público destinado a averiguar fatos lesivos aos interesses e direitos que lhe cabe tutelar extrajudicialmente ou em juízo<sup>140</sup>.

Daniel Amorim Assumpção Neves elenca os elementos presentes na definição de Inquérito Civil; a) legitimidade exclusiva do Ministério Público; b) natureza facultativa, semelhante ao Inquérito Policial; c) formalidade mitigada; d) publicidade reduzida/mitigada; e) autoexecutoriedade<sup>141</sup>. As suas características particulares não esvaziam sua finalidade inquisitorial, mesmo não estando submetido ao Princípio do Contraditório<sup>142</sup>. Em que pese à eficiência doutrinariamente atribuída ao instituto do Inquérito Civil, inclusive com sua admissão como escopo para propositura de ações penais<sup>143</sup> suas particularidades frente ao inquérito penal precisam ser enfrentadas para que se verifiquem quais das hipóteses admitem confirmação.

Ainda sob a perspectiva da interpretação legal, poder-se-ia perseguir a autorização da aplicação do acordo de leniência ao réu em ação de improbidade administrativa. O acordo previsto na Lei 12.846/2013 versa sobre a responsabilização administrativa-civil da pessoa jurídica. A partir desta previsão, tendo por orientação o princípio da proporcionalidade, tratando-se de natureza sancionatória análoga àquela por ato de improbidade administrativa, seria possível supor a compatibilidade de sua aplicação para Lei 8.429/1992. Desta forma, mais uma vertente para investigação é possível sob orientação da máxima latina *in eo quod plus est semper inest et minus*, pois se admitindo a leniência em favor de pessoas jurídicas, indaga-se ser admissível também para pessoa física.

Pelo exposto, o problema do baixo processamento das ações de improbidade precisa ser enfrentado sob a perspectiva acadêmica, e as hipóteses para instrumentalização do instituto deve observar as promissoras tendências do sistema brasileiro para o combate à corrupção. Esta compatibilidade deve ser verificada frente às possibilidades interpretativas, especialmente a aplicação do princípio da proporcionalidade, quanto pela legítima existência de possibilidade de

---

<sup>140</sup> MORAES, Voltarie de Lima. GAUER, [et. al.]. Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II. In: **O Inquérito Civil como base para propositura da ação penal**. Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p.337.

<sup>141</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis. In: **Processo Civil Coletivo**, Ed. Quartier Latin, 2005, p. 216/245.

<sup>142</sup> MORAES, Voltarie de Lima. GAUER, [et. al.]. Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II. In: **O Inquérito Civil como base para propositura da ação penal**. Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p.339.

<sup>143</sup> Ibid., p.351.

aplicação para a fase investigativa que precede a propositura da ação de improbidade.

### **3- CONSENSO E COLABORAÇÃO NA TENSÃO ENTRE O INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO CIDADÃO INVESTIGADO**

A ação de improbidade administrativa é, dentre os meios disponíveis para proteção da Administração Pública, o que possui maior espectro de abrangência, tanto em relação às condutas, quanto à natureza de sua punição. O atual contexto de combate à corrupção embora tenha alcançado significativo sucesso no âmbito da responsabilização criminal, poderia ter intensificado a promoção da moralização

pública e o ressarcimento ao erário. Estas duas finalidades são as principais perspectivas de incidência da ação de improbidade administrativa, que apesar de suas vantagens é subutilizada, seja pela limitação probatória ou pelas restrições procedimentais.

O êxito do âmbito criminal no combate à corrupção deve-se ao reforço por novos instrumentos, que tornaram o procedimento mais eficaz, não somente ao dispor de novas tecnologias, mas por admitir mecanismos consensuais de colaboração. A frente intermediária de repressão em que se insere a ação de improbidade administrativa também merece ser intensificada com medidas de estímulo que facilitem seu processamento. O consenso, por exemplo, que se possui discussão milenar e encontra-se imbricado na formação do próprio direito, é apontado como sugestão de instrumento adequado ao reforço de eficácia para Lei 8.429/1992, porém a vedação expressa para utilização da transação, acordo ou a conciliação impede sua aplicação.

A justificativa para vedação à negociação judicial na ação de improbidade seria o interesse público: sua controvertida supremacia, além do ideário indisponibilidade. As transformações verificadas no sistema jurídico têm orientado toda organização judiciária a fomentar práticas compositivas, por expressarem meios adequados para promoção do acesso à justiça. A Administração Pública não está indiferente a essas mudanças de paradigmas, já havendo notícias da institucionalização de procedimentos consensuais. Assim, sendo o consenso, que seria o fim almejado por todo o sistema jurídico, merece ser analisado o comportamento do Estado frente a essa nova perspectiva de solução de conflitos e a possível compatibilidade com a Lei 8.429/1992.

### 3.1- Conflitos e consenso na sociedade e no direito.

A etimologia da palavra consenso diz muito sobre seu conteúdo. Segundo Hélder Prior<sup>144</sup> o significado de consenso seria “sentir junto”, sentir em comum. A partir deste significado, diversos sinônimos são cunhados e duas compreensões inerentes a todas elas: a de harmonização e a de consentimento. O consenso

---

<sup>144</sup> PRIOR, Hélder. **Esfera pública e escândalo político**: a face oculta do poder. Media XXI: Porto. 2016. P.165.

esteve presente nas manifestações mais primitivas do ser humano, ocasião em que se referia à forma como os conflitos eram resolvidos nas sociedades tribais, objetivando manter a harmonia dos grupos<sup>145</sup>.

Os conflitos dentro das sociedades primitivas contavam com a reprovação dos deuses, manifestando a perspectiva de uma justiça enigmática e mística<sup>146</sup>. Por se tratarem de grupos predominantemente familiares nutriam, ainda, particular preocupação com o restabelecimento das relações transmudadas pelos conflitos, por consequência, os primeiros códigos regulatórios privilegiavam a reparação das vítimas dos delitos<sup>147</sup>. As referidas práticas de resolução de conflitos eram experimentadas em sociedades pré-estatais europeias e coletividades nativas, ambas as representações de sociedades comunais, nas quais a estabilidade dos grupos era mantida por meio de um modelo negocial<sup>148</sup>.

Com o desenvolvimento das cidades e centralização dos poderes no Estado ocorre a jurisdicização do poder punitivo por meio de um processo histórico-econômico. As normas descrevem, então, os modelos de conduta e prescrevem a responsabilização para seus transgressores. A intervenção estatal, orientada por regras e princípios jurídicos, produzirá normas individuais para as partes envolvidas no litígio, que nada mais são que as decisões judiciais<sup>149</sup>. O império da força passa a oprimir a consensualidade.

Somente no Renascimento, o consenso é reinvocado a partir das teorias contratuálistas. Em meados dos séculos XVI e XVII, a sociedade civil passa a se

---

<sup>145</sup> JACCOUD, M. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. Slakmon, C.R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. 2005, **Justiça Restaurativa**, Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

<sup>146</sup> GONZAGA, José Bernardino. O direito penal dos povos primitivos. **Revista de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.68, n.2, 1973 < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66671/69281>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

<sup>147</sup> O Código de Hamurabi (aprox. 1700 a.C.) prescrevia a reparação para crimes contra a propriedade, assim como o Código de Lipit-Ishtar (1875 a.C.). Outros códigos do Oriente Médio, como o Código Sumério de Ur-Nammu (aprox. 2050 a.C.) e o Código de Eshnunna (aprox. 1700 a.C.), previam a reparação mesmo no caso de delitos violentos. A Lei Romana das Doze Tábuas (449 a.C.) obrigava os ladrões apagar em dobro a reparação, a menos que o bem fosse encontrado em suas casas, caso em que eles pagariam danos triplos; por resistir à busca de suas casas, eles pagavam a restituição quádrupla. A Lei Sálca (Lex Salica, aprox. 496 d.C.), coleção mais antiga existente de leis tribais germânicas, incluiu a reparação de crimes que vão de roubo a homicídio. VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. Restoring Justice: an introduction to restorative justice. 2010. In: LARA, Caio Augusto Souza. A justiça restaurativa como via de acesso à justiça. Belo Horizonte. 2013. 101 p; Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação de Direito – UFMG. p. 21.

<sup>148</sup> JACCOUD, M. Princípios, Tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C. DE VITTO, R., PINTO, R. Gomes, org. 2005, **Justiça Restaurativa**, Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

<sup>149</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: JusPodivm, 2012. 68 p.

organizar em movimento embrionário do que depois será o Estado Moderno. Neste período o homem passa a ser colocado como centro do universo, incumbindo-lhe o protagonismo de sua sobrevivência, o que será feito através do contrato social racionalmente constituído. A visão naturalista de que a vida comunitária é inerente à condição humana passa a ser interpretada no contratualismo como uma escolha.

Os principais expoentes das teorias contratuais são Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau os quais, cada um a seu modo, atribuem ao consenso a única forma de estabilização da comunidade. Locke identifica que somente o consenso admitirá a restrição às liberdades do homem social<sup>150</sup>. Enquanto Hobbes trata o consentimento como condição à preservação do indivíduo, que deve optar por viver em sociedade para garantir sua sobrevivência. Já para Rousseau é o consenso que permitirá a coexistência de interesses diversos.

No período denominado liberalismo, mais uma vez, é trazida à baila a discussão contratualista e as razões consensuais que justificariam a composição estatal. A teoria política de John Rawls busca a harmonização de entendimentos, a partir das premissas públicas conhecidas, vez que sua teoria da justiça como equidade comporta-se de forma contratual<sup>151</sup>. O consenso no Estado Moderno centra-se na figura de uma sociedade bem-ordenada, mais realista e ajustada às condições históricas e sociais das sociedades democráticas, o que inclui o “fato do pluralismo razoável”<sup>152</sup>.

A justificação da convivência humana como resultado da harmonização das vontades levou ao aprimoramento da noção de consenso. É assim que o instituto do contrato se desenvolve na bibliografia filosófica e jurídica. Algumas perspectivas contratuais possuem referência no direito natural, onde as avenças baseiam-se na liberdade do homem dispor sobre os próprios atos<sup>153</sup>, mesmo que em alguns

---

<sup>150</sup> CHAUÍ, Marilena. **Filosofia**. Ed. Ática, São Paulo, ano 2000, pág. 220-223.

<sup>151</sup> SILVEIRA, Denise Coutinho. A justificação por consenso sobreposto em John Rawls. **Philosophos** 12 (1): 11-37, jan./jun. 2007. p. 12.

<sup>152</sup> Expressão utilizada por John Rawls para explicar a ausência de unicidade social, mas sim consenso em torno da concepção política de justiça, em sua explicação: “supõe-se que as pessoas tenham concepções do bem diferentes e incomensuráveis, de modo que a unidade da cooperação social reside em uma concepção pública de justiça que assegura as liberdades fundamentais”. DANNER, Leno Francisco. O fato do pluralismo em Rawls: sobre a fundamentação da sociedade política. **Revista Estudos Filosóficos** nº 5 /2010 – versão eletrônica – ISSN 2177-2967. DFIME – UFSJ - São João Del-Rei-MG. Disponível em: <<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>>, acesso em: 10 dez. 2017. Pág. 155 – 173.

<sup>153</sup> MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Editora RT, v. 729, p. 679-698, 1996. p. 8.



períodos seja historicamente ventilada a possibilidade de limitação do consenso<sup>154</sup>. Alguns dos principais defensores dessa restrição ao consensualismo foram: Hugo Grócio<sup>155</sup>, responsável por exigir também causa razoável para a que as prestações pudessem ser equilibradas<sup>156</sup> e Domat, entusiasta da necessidade de motivo razoável e justo para concretização do consenso.

Sob uma perspectiva menos complexa, a doutrina alemã moderna aborda o consenso como simples declaração de vontade, embora a maior contribuição seja o tratamento do negócio jurídico como resultado do direito positivo. Para esta doutrina os ajustes de vontades deveriam obedecer a certos limites, vez que nas palavras de Renato José de Moraes<sup>157</sup> “a vontade individual não tira a sua força vinculante de si mesma, mas do direito objetivo”.

As buscas pela satisfação e eficácia das decisões judiciais têm inspirado o resgate das primitivas técnicas consensuais. A obsolescência de institutos jurídicos, vinculado à ausência de legitimidade do Poder Judiciário e o excesso de judicialização têm impulsionado movimentos para o emprego de práticas alternativas de solução de conflitos. O Brasil não se faz indiferente a este movimento, inclusive porque sua própria constituição privilegiava em seu preâmbulo a solução pacífica das controvérsias internacionais<sup>158</sup>. Desta forma, o sistema jurídico nacional passa a discutir as deficiências do modelo tradicional e passa a admitir as práticas consensuais.

No modelo decisório judicial, a sentença é a síntese entre a tese e antítese apresentadas pelas partes. Há na estrutura decisória tradicional a sujeição da parte perdedora à vencedora. Segundo a teoria do reconhecimento de Axel Honneth<sup>159</sup>, a participação em uma demanda judicial expressaria mais do que uma pretensão jurídica, representaria verdadeiramente a luta do cidadão demandante pelo reconhecimento de direitos pelo legislativo e judiciário, havendo na hipótese de vitória a confirmação da condição do indivíduo como sujeito dotado de direito, enquanto a parte vencida passa a não se reconhecer como indivíduo merecedor.

---

<sup>154</sup> Ibid., p. 9.

<sup>155</sup> Autor de obra referencial sobre o contratualismo, “Tratado da Guerra e da Paz”.

<sup>156</sup> Ibid., p. 10.

<sup>157</sup> Ibid., p. 14.

<sup>158</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso: 05 de mai. 2017.

<sup>159</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. P.276-277.

Sob essa perspectiva, a decisão judicial embora solucione controvérsias, em boa medida, também opera exclusão.

O sistema jurídico contemporâneo passa a enfrentar o esgotamento do modelo tradicional e admite em diversos ramos do direito as soluções alternativas para solução dos conflitos. No Direito Penal manifesta-se através da transação penal, colaboração premiada, Justiça Restaurativa. Enquanto no Direito Civil, as práticas consensuais podem se expressar através da conciliação, mediação. E, ainda, no Direito Administrativo, os termos de ajustamento de condutas são responsáveis por substituir medidas punitivas mais gravosas e registram o compromisso das pessoas físicas e jurídicas perante a Administração Pública, além dos acordos de leniência.

A ampla compreensão do consenso em suas várias aplicações ao longo da história permite identificar sua dupla finalidade, tanto como meio primário de resolução do conflito, quanto meio de legitimação do sistema jurídico. A norma admitida consensualmente para manutenção da ordem social será aplicada no caso concreto através da hermenêutica jurídica. Será a interpretação do comando legal responsável por encerrar o conflito judicialmente. No dizer de Margarida Lacombe será a hermenêutica jurídica responsável por consubstanciar a objetividade racional<sup>160</sup>. Através do exercício da função jurisdicional do Estado os conflitos serão resolvidos, independente das vontades das partes.

O exercício hermenêutico, porém, não significa o triunfo da força estatal sob a autonomia privada, ao contrário, a tomada de decisões pressupõe a aceitação da interpretação do julgador<sup>161</sup>. Nos precisos dizeres de Margarida Lacombe “o que em disputa fica provado, em virtude de aceitação, passa a ser admissível como premissa para outros raciocínios de ordem dialética”. Será o consenso responsável pela legitimação das decisões<sup>162</sup>. Assim, para além da mera referência legal que sirva de fundamento, o juiz deve expor as razões da decisão, não para que haja a responsabilização pelo conteúdo decisório, mas para que as partes compreendam os motivos da decisão, admitindo-se inclusive uma contra argumentação a fim de que se alcance o consenso.

---

<sup>160</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Renovar: 3 ed. Rio de Janeiro; São Paulo. 2003. p. 125.

<sup>161</sup> Ibid., p. 154-155.

<sup>162</sup> Recupera-se a antiga retórica clássica e lhe confira objetivos novos.

A importância do consenso circunscreve-se na racionalização dos discursos, pois caberá a ele fixar os limites da “discutibilidade”<sup>163</sup>. O consenso expressará não somente a concordância sobre o sistema - o que é imprescindível para que se inicie o simples processo hermenêutico - mas também apresentará os pontos admitidos pelas partes. Sem que se estabeleça um ponto comum de partida não será possível o estabelecimento de nenhuma argumentação. Este raciocínio segundo J. Bastista Machado enseja a concentração do discurso hermenêutico em um sistema circular, onde o consenso é fundamento e o objetivo da argumentação<sup>164</sup>.

Em que pese o prestígio histórico do consenso e toda ficção jurídica instituída sob seu entorno, Tércio Sampaio Ferraz Júnior refuta a validade do consenso como fator de legitimação<sup>165</sup>. Para ele, as intuitivas conclusões sobre o consenso não poderiam refrear a sua investigação, vez que o consenso aplicado à sociedade é em regra fictício. São palavras do autor que quanto mais complexa a sociedade, menor a chance de um consenso fático e quanto maior a necessidade de abstração, pois se terá que imaginar a maior concordância<sup>166</sup>.

A partir da institucionalização da norma supõe-se o consenso, independentemente de que alguns efetivamente discordem de seu conteúdo<sup>167</sup>. A existência dos centros significativos permite a manutenção da unidade e conexão de expectativa de comportamentos. O Direito possui alta abstração permitindo a congruência estável, mantendo uma indiferença controlada em relação aos destinatários da norma, ou seja, mantém-se o máximo de abstração capaz de manter a estabilidade social, nem que para tanto o sistema jurídico tenha que estar suficientemente distante de todas as partes que apresentem conflito entre si.

Em caminho diametralmente oposto, a teoria consensual da verdade de Jürgen Habermas orienta-se através do consenso para fundamentação da verdade<sup>168</sup>. A concordância dos indivíduos com o sistema jurídico vigente o

---

<sup>163</sup> MACHADO, J. Batista. Introdução ao direito e ao discurso legitimador. In.: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Renovar: 3 ed. Rio de Janeiro; São Paulo. 2003. p. 179.

<sup>164</sup> João Batista Machado apresenta a alegoria para explicação da argumentação: A fundamentação de uma decisão baseada na Bíblia católica para um ateu, embora reconhecida a validade e a sujeição de indivíduos a ela, não há prévia concordância com seu conteúdo básico. Ibid. p. 179.

<sup>165</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Editora Atlas. 2015. p.91.

<sup>166</sup> Ibid., p. 109-110.

<sup>167</sup> Ibid., p.112.

<sup>168</sup> HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. Edições Loyola: São Paulo. 1999. p. 287-288.

legitimaria como verdade. Supõe-se como verdadeiro o que é defendido por uma pluralidade de pessoas. Cada um dos participantes reivindica a legitimação de validade de suas proposições. É através do processo de convencimento que o consenso é estruturado, a partir daí tem-se como verdadeira a proposição em torno da qual o acordo é estabelecido. Vê-se claramente que a teoria da verdade consensual não nega as ações estratégicas. Em verdade são as ações estratégicas que permitirão a influência do agir alheio.

Considerando a perspectiva habermesiana que admite a verdade advinda do consenso, a resistência pode ser deduzida como falta de um consenso normativo com outras pessoas e não da ausência de domínio deste ou daquele conceito<sup>169</sup>. O próprio referencial de justo dependerá do consenso das partes sobre ele, de modo que os conflitos<sup>170</sup> serão eliminados mediante razões que convençam ambos os lados e imparcialmente resolvam a demanda<sup>171</sup>.

### 3.2- Estado negociador e o comportamento frente ao interesse público: supremacia e indisponibilidade.

O sucesso das práticas consensuais ou das soluções alternativas para os conflitos colocam o Estado na condição de negociador. O monopólio do poder jurisdicional tem sido mitigado em prestígio às práticas de soluções pacíficas. A busca pela satisfação e eficácia das decisões judiciais tem inspirado o resgate das primitivas técnicas consensuais. Sob essa nova tendência, o consenso e a colaboração passam a ocupar posição destacada no sistema jurídico brasileiro.

O Estado que é parte em diversas demandas judiciais passa a celebrar acordos, bastando que expresse vontade convergente com o adversário. A alegórica

---

<sup>169</sup> Ibid., p. 289.

<sup>170</sup> Importante a consideração do tratamento dispensado por Luiz Alberto Warat ao ver o conflito como uma oportunidade para superação. Neste sentido convém citar: "o conceito jurídico do conflito, como litígio, representa uma visão negativa do mesmo. Os juristas pensam que o conflito é algo que tem de ser evitado. Eles o redefinem, pensando-o como litígio, como controvérsia. Uma controvérsia que por outro lado, se reduz as questões de direito ou patrimônio. Jamais os juristas pensam o conflito em termos de satisfação. Falta no direito uma teoria do conflito que nos mostre como o conflito pode ser entendido como uma forma de produzir com o outro, a diferença, ou seja, inscrever a diferença no tempo como produção do novo. O conflito como uma forma de inclusão do outro na produção do novo: o conflito como autoridade que permita administrar, com o outro, o diferente para produzir a diferença". WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Habitus Editora, 2001. P.81-82.

<sup>171</sup> HABERMAS, op. cit., p. 295.

indisponibilidade do interesse público, que impediria teoricamente a pactuação estatal, alcança interpretação atualizada. O Poder Público realiza nesse novo contexto termos de ajustamentos de conduta, transações e acordos de colaboração. Seja no âmbito civil, administrativo e até mesmo no criminal a posição de superioridade da Administração Pública vem sendo racionalizada, o que permite alcançar os interesses do Estado respeitando as garantias constitucionais dos cidadãos.

Em países vinculados ao modelo jurídico da *common law*, em que há repúdio à adoção da jurisdição administrativa, a Administração pública e cidadãos submetem-se as mesmas regras e aos mesmos juízos<sup>172</sup>. Mesmo existindo normas que contemplam imunidades, a regra vigente nesses países é a paridade na sujeição às normas, o que facilita, ao menos conceitualmente, a celebração de acordos entre o cidadão e o Estado.

No Brasil, a regra tradicional coloca a Administração pública em posição de privilégio frente aos cidadãos através do princípio da supremacia do interesse público<sup>173</sup>, que juntamente com a legalidade administrativa e a intangibilidade do mérito administrativo são paradigmas clássicos responsáveis pela estruturação da Administração Pública nacional. Como resultado, tradicionalmente o Estado apresenta-se ao cidadão de forma verticalizada, e mesmo diante das transformações modernas existe dificuldade para alteração desta compreensão aos moldes cartesianos.

Após o processo de constitucionalização do direito administrativo a orientação dos sistemas passa a redirecionar a relação da Administração pública com o cidadão para a horizontalidade. O princípio da dignidade da pessoa humana é identificado como fim último do Estado, alcançando os seguintes resultados: 1) uma orientação para além da lei; 2) vínculo jurídico ao conceito de interesse público e 3) orientação principiológica para aplicação da discricionariedade administrativa<sup>174</sup>.

As transformações na compreensão da Administração pública brasileira não ignoram, ou negam a o interesse público como baliza de sua atuação,

---

<sup>172</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 239: 1-31, Jan./Mar. 2005. p. 6.

<sup>173</sup> Ibid., p. 7.

<sup>174</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 239: 1-31, Jan./Mar. 2005. p. 7.

especialmente para solução de conflitos. Ocorre que, a clássica compreensão do interesse público como supremacia absoluta cede espaço ao interesse público representado pela convergência da conveniência pública com os preceitos constitucionais fundamentais.

O interesse público, ou interesse da coletividade, representa a reunião dos interesses individuais ou particulares<sup>175</sup>, a partir do qual foi cunhado o aporte justificatório de existência da Administração Pública<sup>176</sup>. A noção de “público” abarcaria aquilo que é comum a todos e por consequência deveria respeitar e proteger todos individualmente<sup>177</sup>. Gustavo Binenbojm<sup>178</sup>, citando Umberto Allegretti sintetiza sua definição como sendo o interesse público aquele próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadãos. Fábio Medina Osório, porém, alerta para variedade de conteúdos admissíveis para conceituação do interesse público e esclarece que a adequada definição dependerá de fatores normativos e metanormativos<sup>179</sup>.

Marçal Justen Filho<sup>180</sup> identifica pelo menos cinco acepções tradicionais: 1 - o interesse público como uma soma de interesses privados; 2 - o interesse público como uma soma de certos interesses privados; 3 - o interesse público como sendo o interesse social; 4 – o interesse público como interesse coletivo; 5 - o interesse público como interesse difuso. Em todas as definições verifica-se que o sentido sempre está vinculado à noção de coletividade, mesmo que em alguns momentos seja de forma mais acentuada que outras, não sendo possível, porém confundi-la com “bem comum”<sup>181</sup>.

---

<sup>175</sup> Interesse público como reunião de interesses particulares.

<sup>176</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 220: 69-107, abr./jun. 2000.p.70.

<sup>177</sup> A distinção entre Direito Público e Direito Privado está brilhantemente sintetizada nas lições de Luís de la Morena y de la Morena, ao afirmar que: “El Derecho administrativo se diferencia y se contrapone así al Derecho privado que arranca de una concepción egoístico-individualista del hombre, en la que sólo encuentran acomodo los esquemas de la justicia conmutativa, según la cual «lo mío» es irreductible, por antagónico, a «lo tuyo» y a «lo suyo», no permitiendo ver ni tratar lo que es común a todos y, que por ser de todos, lo es también (y con una manera muy especial de serlo) de cada uno de nosotros”. MORENA, Luís de la Morena y de la. Derecho administrativo e interés publico: correlaciones básicas. **Revista de administración pública**, ISSN 0034-7639, Españã, N° 100-102, 1983, págs. 847-880. p. 848.

<sup>178</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 6.

<sup>179</sup> OSÓRIO, op. cit., p.70.

<sup>180</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p.115- 136, 1999, p. 119-120.

<sup>181</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 220: 69-107, abr./jun. 2000.p.73.

O interesse público consagra a finalidade indisponível e imperativa da Administração Pública, mesmo não existindo norma específica consagrando-o como princípio geral na Constituição Federal<sup>182</sup>. A organização republicana estabelece a prevalência absoluta do interesse público sobre o particular, todavia esta ideia não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito. O entendimento constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana demanda atenção à promoção do bem-estar individual<sup>183</sup>.

A essência da discussão sobre o interesse público parece ser alcançada por Luís de la Morena y de la Morena, que sintetiza o instituto como causa e limite da existência da Administração Pública e meio e forma de controle jurídico<sup>184</sup>. A compreensão do autor aproxima-se de uma definição universal onde o interesse público é o fim a ser perseguido por toda atuação da Administração Pública, que não se limita à aplicação do direito, e cuja ofensa não se manifesta somente pelas infrações formais<sup>185</sup>.

Na literatura jurídica o interesse público é tratado como superior em relação ao privado, visto que o bem de todos enquanto comunidade seria mais abrangente que o de cada um dos cidadãos que a compõem<sup>186</sup>. A ideia nuclear por trás desta superioridade seria a de privilégio da Administração Pública em relação aos particulares/cidadãos<sup>187</sup>. A prevalência dos interesses da sociedade enquanto coletividade foram responsáveis pelo tratamento dispensado ao interesse público como supremo frente aos demais.

A expressão “supremacia” do interesse público não pode ser considerada de forma absoluta, posto que adstrita à ordem jurídica vigente<sup>188</sup>. Celso Antônio Bandeira de Mello defensor da supremacia do interesse público, e não do simples interesse, coloca esse princípio como norteador de toda a Administração

---

<sup>182</sup> Na Constituição Federal brasileira de 1988 o princípio do interesse público, como supremo ou indisponível não se encontra previsto expressamente.

<sup>183</sup> CAMPOS, Márcia Regina Leal. Interesses públicos x interesses privados: ambivalência, ponderação e consensualidade. In: GUERRA, Sérgio. (organizador) **Transformações do Estado e do direito: novos rumos para o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2009.p. 180-183.

<sup>184</sup> MORENA, Luís de la Morena y de la. Los fines de interés publico como causa y como limite de la competencia y como medio y medida de control jurídicos. **Revista de administración publica**, ISSN 0034-7639, Espanã, Nº 85, 1978, págs. 151-222. p. 155.

<sup>185</sup> Ibid., p. 187.

<sup>186</sup> Ibid., p. 158.

<sup>187</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 70.

<sup>188</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1998, p.143.

Pública<sup>189190</sup>. Para este autor, que é o principal expoente da corrente que se mantém vinculada à ideia de supremacia, considerar o interesse público como supremo em relação ao privado é condição para própria preservação do Estado.

O tratamento do interesse público como supremo passa a ser questionado sistematicamente enquanto princípio. É Humberto Bergmann Ávila<sup>191</sup> que apresenta a compreensão da supremacia como postulado explicativo do Direito Administrativo e não um princípio constitucional<sup>192</sup>. Basicamente três assertivas justificariam a inaplicabilidade da supremacia: 1) a inexistência de norma-princípio que a instrumentalize; 2) a impossibilidade de exigência de submissão do interesse particular e 3) a relação do cidadão com o Estado somente se concretiza diante do postulado da unidade de reciprocidade de interesses<sup>193</sup>.

Para Luís Roberto Barroso a redefinição da ideia de supremacia decorre do processo de constitucionalização do direito, quando o administrador passa a estar vinculado à Constituição e não apenas à lei ordinária, além da possibilidade de controle judicial do mérito administrativo<sup>194</sup>. Este autor defende a distinção entre interesse público primário e secundário. O primário corresponderia ao “interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social”. O secundário seria o “interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios)”, que não deve prevalecer automaticamente frente ao interesse particular, mas que deve submetido à ponderação.

As transformações suportadas pela Administração pública que aparentemente conduzem à privatização do direito público, também são identificadas no âmbito do direito privado, onde parece sob uma perspectiva oposta, que há a publicização do direito privado. Ainda segundo Luís Roberto Barroso tais mudanças de referenciais devem-se à constitucionalização tanto do direito público,

---

<sup>189</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 83-85.

<sup>190</sup> Outra posição do autor Celso Antônio Bandeira de Mello que não possui aceitação pacífica é a de que o princípio do interesse público teria manifestações constitucionais concretas, através do princípio da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 70, SI, V e VI da Constituição Federal), embora a doutrina dominante reconheça este princípio como implícito. *Ibid.*, p. 87.

<sup>191</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.” **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 24. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>192</sup> *Ibid.*

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. 240:1-42. Abr./jun. 2005. p. 31-33.



quanto do direito privado, o que permite a confluência dessas duas dimensões do direito. São os princípios constitucionais que conduzem institutos do direito público para o privado, assim como institutos do direito privado para o público.

O afastamento da imperatividade absoluta do interesse público repercute, por sua vez, nas possibilidades de disposição sobre patrimônio público e pretensões do povo. A doutrina tradicional erige a indisponibilidade do interesse público como um princípio corolário da supremacia, sob a perspectiva de que os atos da Administração Pública que impliquem renúncia a direito do Poder Público ou que onere injustificadamente a sociedade são proibidos. Para Manoel Messias Peixinho a indisponibilidade não é mera restrição à gestão do interesse público, mais sim se trata de dever de promoção da coisa pública com isonomia, publicidade, moralidade<sup>195</sup>.

As lições propedêuticas contidas em manual de José Carvalho Filho parecem fornecer adequada explicação sobre a repercussão da indisponibilidade, no qual os “bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los e por eles velar em prol da coletividade”<sup>196</sup>. A referida indisponibilidade conduz à conclusão de que o interesse público somente poderá suportar interferência quando expressamente autorizado por lei<sup>197</sup>. Essa vinculação restringiria a livre disposição do Estado, tendo como uma de suas repercussões a impossibilidade de livre pactuação, que somente estaria admitida para hipóteses expressamente autorizadas pela norma.

O histórico modelo de direito público imperativo após o processo de constitucionalização adequa-se à principiologia constitucional brasileira. O poder jurisdicional estatal passa a admitir o consenso como forma alternativa para solução de conflito com o Estado, além de reconhecê-lo como meio disponível para o reestabelecimento da ordem social.

### 3.3 – Direito Público e as transformações que ensejaram a admissão do consenso.

---

<sup>195</sup> PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os princípios da Constituição de 1988**. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2001. p. 462-463 APUD RAQUEL DE CARVALHO. p. 72.

<sup>196</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 34.

<sup>197</sup> VOLPI, Elon Caleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal: a indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. **Revista da PGFN**. Ano 01, nº02, 2011/2012. p. 141.

A Administração Pública brasileira vivência o processo de constitucionalização do Direito Público e como uma de suas principais inovações afasta-se cada vez mais de seu modelo de atuação tradicional monológico<sup>198</sup>. A sujeição estatal cede lugar ao diálogo e o interesse público passa a ser interpretado não mais como um obstáculo às soluções de conflitos negociais, mais sim como uma justificativa. Nas palavras de Gabriela Reis Paiva Monteiro e Rachel Lopes Telésforo a abertura do Direito Público às técnicas dialogais é “a tentativa de fazer valer esse mesmo interesse público: confrontado com a ineficiência de mecanismos tradicionais de comando e controle, o Estado recorrerá à consensualidade”<sup>199</sup>.

Nas lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto a admissão do consenso pela Administração Pública, tanto interna, quanto externamente, compreende a evolução do modelo de interação entre o Estado e a sociedade<sup>200</sup>. O mesmo autor acrescenta sobre a consensualidade que “o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público”<sup>201</sup>. A admissão do consenso para solução dos conflitos administrativos, assim como daqueles em que a Administração esteja inserida permite, sobretudo, reforçar o poder de coerção estatal. As medidas sancionatórias passam a ser concebidas como extremas e somente aplicáveis quando a solução consensual mostrar-se insuficiente<sup>202</sup>.

As discussões embrionárias da compatibilização do interesse público e exercício da administração consensualizada foram desenvolvidas pela doutrina

---

<sup>198</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104 p. 303 - 322 jan./dez. 2009.

<sup>199</sup> MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva; TELÉSFORO, Rachel Lopes. A atividade consensual da administração pública e as soluções consensuais na defesa da concorrência In: **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2016. p. 339.

<sup>200</sup> A passagem de uma viciosa relação de supremacia a virtuosa relação de ponderação marca, assim, o atual estágio evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre sociedade e Estado e põe em evidência a missão instrumental que lhe cabe, tudo para que jamais e a qualquer pretexto se volte a invocar supremacias téticas ou *raison d'État* para sobrepor quaisquer interesses aos direitos fundamentais. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. n. 231, jan./mar. 2003. p. 142-143.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p.156.

<sup>202</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. n. 231, Jan./Mar. 2003, p.156.

alemã responsável por cunhar a teoria do duplo grau<sup>203</sup>. Esta teoria é responsável por distinguir o exercício do Poder Público em categoria primária e categoria secundária. A Administração Pública seria responsável pela decisão primária de poder, enquanto a decisão secundária referente à competência de agir incumbiria à esfera privada e, portanto, seria negociável. A desconstrução do poder de império do Estado permitiu a descentralização de seus serviços e atuação, inicialmente representados pela celebração de contratos privados.

A Administração Pública passou a ser denominada concentrada em relação à sua atuação consensual ou negocial<sup>204</sup>. Torna-se possível através desta categorização identificar três gêneros de consensualidade pública: a decisão consensual, a execução consensual e a solução consensual de conflitos. A aproximação do consenso da atividade estatal esteve em suas origens vinculada à ampla participação do cidadão, embora na atualidade esteja relacionada à composição de conflitos administrativos extrajudicial ou judicialmente.

A admissão da consensualidade refreia a atividade imperativa e unilateral da Administração Pública tradicional, conferindo benefícios aos administrados e garantindo a possibilidade de diálogo entre as partes.<sup>205</sup> A opção da Administração Pública pela solução consensual de seus conflitos justificar-se-á quando for a que melhor atender aos próprios interesses públicos, única razão pela qual o princípio implícito da indisponibilidade do interesse público passa a ser atenuado<sup>206</sup>. Assim, a posição de privilégio do Poder Público nas relações jurídicas não é diminuída pela admissão do consenso, muito menos torna compulsória a composição, nem para o cidadão, nem para o Estado.

---

<sup>203</sup> Ibid., 139.

<sup>204</sup> Denominação largamente disseminada na Itália de ampla repercussão na Europa Pós-guerra.

<sup>205</sup> MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva; TELÉSFORO, Rachel Lopes. A atividade consensual da administração pública e as soluções consensuais na defesa da concorrência In: **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2016. P. 315.

<sup>206</sup> Sobre o comportamento do princípio da indisponibilidade do interesse público importante é a observação de precedente do Supremo Tribunal Federal onde a Ministra Ellen Gracie ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 253.885 descreve que a própria opção pela atenuação da indisponibilidade do interesse público, é a manifestação da opção que melhor atende ao interesse público. Acompanhe-se a ementa: Ementa: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. (...) (Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma/ RE 253.885/ Relatora: Ministra Ellen Gracie/ Julgado em 04.06.2002/ Publicado no Dje em 21.06.2002, p. 118).

Em que pese à compreensão já amadurecida dos juristas de que a solução consensual pode em muitas vezes ser a que melhor atende ao interesse público, o princípio da legalidade ainda é tratado como óbice à transação/conciliação. A ausência de expressa autorização legal para celebração de acordo em determinadas hipóteses e a discricionariedade para o estabelecimento dos parâmetros da negociação são invocados para justificar a incompatibilidade da consensualidade na Administração Pública.

A matéria da legalidade administrativa por seu turno há muito vem sendo discutida no âmbito do Direito Administrativo, especialmente para superação da interpretação que converte vinculação em engessamento. Sobre o assunto, reflete Juarez de Freitas identificar-se no Direito Administrativo atual uma superação à legalidade estrita<sup>207</sup>. Para o autor, a subordinação da Administração Pública não deve ser somente à lei, mas à totalidade sistêmica em que Estado está inserido. O princípio da legalidade não estaria sendo relativizado por esta interpretação, mas passaria a admitir a submissão do Poder Executivo à deliberação de outro poder, o Judiciário<sup>208</sup>.

Em quaisquer das possibilidades consensuais disponíveis para Administração Pública, apesar dos significativos avanços no sistema jurídicos, é inegável a necessidade da fixação de critérios e limites que melhor normatizem as práticas alternativas<sup>209</sup>. Para Elon Kaleb a maior segurança jurídica quanto às possibilidades compositivas tende a encorajar a celebração de acordos e o respeito aos seus postulados. Assim, como as razões para não efetivação devem ser amplamente divulgadas, em respeito ao princípio da transparência.

As práticas consensuais da Administração Pública dependeriam ainda do respeito ao princípio da isonomia, não somente representado pelo comportamento das partes celebrantes de acordo – pessoas físicas/jurídicas e Estado – mas também em relação às negociações<sup>210</sup>. Elon Kaleb Ribas Volbi suscita interessante discussão sobre obrigação de uniformidade dos termos dos acordos celebrados pela Administração Pública para respeito ao princípio da isonomia<sup>211</sup>. O autor reflete que

---

<sup>207</sup> FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa: o controle de prioridades constitucionais. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 18 - n. 3 - p. 416-434 / set-dez 2013. P. 419-420.

<sup>208</sup> Ibid., p. 421.

<sup>209</sup> VOLPI, Elon Caleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal: a indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. **Revista da PGFN**. Ano 01, nº02, 2011/2012. p. 151.

<sup>210</sup> Ibid., p. 161.

<sup>211</sup> Ibid., p. 161.

apesar das opções negociais do Estado nos casos concretos justificarem-se pela discricionariedade administrativa, o princípio da igualdade deve prevalecer quando da aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A Administração Pública embora esteja autorizada em algumas situações a celebrar livremente acordos com seus administrados deve sempre respeitar os princípios da igualdade/impessoalidade<sup>212</sup>. Quando a lei não entabular critérios vinculantes para o acordo a discricionariedade administrativa sobre a celebração deve orientar-se pelo respeito às garantias fundamentais do cidadão. Desta forma, embora a motivação dos acordos entre o Estado e cidadão deva ser expressa, em respeito ao princípio da publicidade também deve ser possível a identificação dos critérios eleitos. A finalidade dessa divulgação seria fiscalizar o respeito ao princípio da igualdade, tanto em relação fixação parâmetros para pessoas com mesma situação jurídica, quanto para hipótese de rejeição de proposta de acordo formulada pelo administrado, seja pessoa física ou jurídica.

O modelo negocial além de compatibilizar-se com os princípios da legalidade e da isonomia mostra-se importante instrumento para concretização do princípio da celeridade. Uma das grandes vantagens da solução consensual é no dizer de Gabriela Reis Paiva Monteiro e Rachel Lopes Telésforo<sup>213</sup> a eliminação de entraves burocráticos. A abreviação do tempo para solução do conflito administrativo diminui os recursos normalmente gastos para esse fim e confere maior estabilidade entre a Administração Pública e o administrado. A resposta consensual será inegavelmente mais eficiente que àquela a ser aplicada coercitivamente, vez que são as partes que fixam os seus limites.

Outra vertente principiológica a ser observada é a interpretação das soluções consensuais de conflito administrativo como meio de acesso à justiça. Este direito fundamental extrapola o simples direito de petição e irá abranger a proteção ao resultado adequado da tutela jurídica, jurisdicional ou extrajudicial<sup>214</sup>. O estudo de Mauro Cappelletti sobre as ondas de acesso à justiça coloca a admissão das soluções alternativas como a terceira delas, a primeira estando relacionada à

---

<sup>212</sup> Ibid., p. 162.

<sup>213</sup> MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva; TELÉSFORO, Rachel Lopes. A atividade consensual da administração pública e as soluções consensuais na defesa da concorrência In: **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2016. P. 316.

<sup>214</sup> ESCOLA NACIONAL DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO. Negociação e mediação: para membros do Ministério Público. Conselho Nacional do Ministério Público. 2. Ed. Brasília: CNMP, 2015. p. 42-43.

assistência judiciária para os pobres e a segunda vinculada à representação em juízo dos interesses difusos e superação de noções tradicionais do processo civil<sup>215</sup>.

Seria possível identificar em relação ao acesso à justiça uma dimensão formal representada pelo acesso aos órgãos judiciais, e a outra dimensão material definida pelo direito ao acesso a outros mecanismos de distribuição de justiça. A adoção de mecanismos de auto composição pacífica dos conflitos democratiza o acesso à justiça, vez que compreende o direito fundamental de efetivo exercício dos direitos individuais e coletivos. Ademais, a oportunidade de diálogo entre o cidadão e a Administração Pública pode ser compreendida, inclusive, como respeito à extensão da cidadania<sup>216</sup>.

A consensualização da Administração Pública reflete em última instância novo paradigma de democracia participativa<sup>217</sup>. O Estado deixa de tomar decisões unilateralmente e disponibiliza incentivos para que os cidadãos debatam as questões de interesse comum<sup>218</sup>, inclusive àquelas que dizem respeito à repressão de condutas ofensivas à moralidade pública. Os conflitos passam a ser resolvidos pela de maneira produtiva, objetivando fortalecer a relação social das partes envolvidas.

As principais formas de consensualidade empenhada pela Administração Pública seriam os acordos e as transações administrativas. Os acordos possuem um espectro de definição mais amplo sendo possível sua compreensão das seguintes maneiras: 1) lógica, em que é tratado como expressão de anuência; 2) lógico-jurídica, onde o objeto da avença alcança proteção; 3) acordo estrito, que seria aquele cujo objeto seriam relações patrimoniais e 4) acordo administrativo, como sendo aquele em que a Administração Pública atua exercendo poderes não negociais<sup>219</sup>. Já a transação administrativa representa estratégia de negociação em que ocorrem concessões recíprocas, com a solução estabelecida pelas partes.

---

<sup>215</sup> Ibid., p. 48-50.

<sup>216</sup> MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva; TELÉSFORO, Rachel Lopes. A atividade consensual da administração pública e as soluções consensuais na defesa da concorrência In: **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2016. p. 318.

<sup>217</sup> FALEIROS JÚNIOR. José Luiz de Moura. **Revista Digital de Direito Administrativo**. RDDA, vol. 4, n. 2, 2017. P.78.

<sup>218</sup> BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. Ferramentas de resolução de conflitos para as Ouvidorias Públicas. Brasília. p. 6.

<sup>219</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e

É possível apresentar ainda as espécies da conciliação, mediação e arbitragem como as demais possibilidades alternativas de composição consensual de conflitos<sup>220</sup>. A conciliação seria promovida através dos esforços das partes orientadas pela figura de um conciliador. A segunda espécie, a mediação, teria condições orientadas por um mediador destinado à redução de divergência e ampliação de convergência, objetivando encontrar uma solução satisfatória para as partes. Por fim, a arbitragem será a modalidade em que os árbitros decidem a solução dos conflitos.

### 3.4- A experiência da colaboração processual e a conformação com o sistema jurídico brasileiro.

A utilização de instrumentos colaborativos no âmbito criminal de combate à corrupção brasileira alcançou resultados expressivos. Dados do governo federal do ano de 2014 já assinalavam um aumento de 707% nas prisões ligadas à ofensa à moralidade pública<sup>221</sup>. Desta forma, mesmo que haja eventual distorção da mídia quanto aos impactos da implementação da contribuição premiada, nunca se prendeu tanto e finalmente valores significativos foram recuperados.

O consenso objetivado nas negociações processuais tem se comportado como importante meio para o combate à corrupção. Embora as práticas colaborativas possam se manifestar sob diversas vertentes, no âmbito criminal têm instrumentalizado um mecanismo de defesa que se comporta como referencial frente aos demais sistemas de responsabilização. Trata-se do instrumento consensual da colaboração premiada, que consiste em recompensar o indivíduo que fornece informações imprescindíveis para punição de criminosos de difícil

---

instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104 p. 303 - 322 jan./dez. 2009. p. 318.

<sup>220</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. n. 231, Jan./Mar. 2003. p.155.

<sup>221</sup> “No ano passado, a PF conduziu 331 investigações e prendeu 1.799 pessoas, enquanto em 2003 foram apenas 18 operações, com 223 prisões efetuadas. O número de presos nas ações também teve um crescimento expressivo nesse período: 707%”. BRASIL. Governo. **Cidadania e Justiça**. Combate à corrupção cresceu com o fortalecimento das leis e instituições. Disponível em: “<<http://www.brasil.gov.br/governo/2016/04/combate-a-corrupcao-cresceu-com-fortalecimento-de-leis-e-instituicoes>>”. Acesso em: 10 dez. 2017.

identificação, ou pela estrutura do crime organizado, ou pela influência financeiro/política dos responsáveis.

A colaboração popularizada pela expressão “delação”, não se confunde com dedurar, até porque a moralização pretendida com as informações recebidas é incompatível com um sistema que premie a delação. A prática de contribuição muito menos fomenta a deslealdade. Silvio César Arouck Gemaque reflete que historicamente esse modelo de contribuição somente pôde ser incorporado após o modelo processual penal passar a privilegiar o livre convencimento judicial, embora somente seja admissível enquanto indício ou prova frágil, que não pode ser considerada isoladamente<sup>222</sup>. O mesmo autor reflete que o instituto da colaboração também é tratado como “chamamento do corréu” por consistir a prática em confessar a autoria e indicação dos comparsas.

Os primórdios da cooperação por compensação apontam para Inglaterra medieval<sup>223</sup>, onde se disseminava a ideia do *crown witness*<sup>224</sup>, testemunha da coroa, embora se especule que a prática premial já se efetivasse desde a antiguidade<sup>225</sup>. Apesar da escassa fonte quanto ao marco histórico da colaboração, é recorrente a citação do caso Rudd<sup>226</sup>, em 1775, como sendo o episódio no qual juiz declarou admissível o testemunho do acusado contra os cúmplices em troca de impunidade após a confissão.

A colaboração premiada foi responsável por conceder significativo destaque histórico para Itália no combate aos crimes contra a Administração Pública. A Operação Mãos Limpas – *Mani Pulite* -, como ficou conhecida a empreitada de punições italiana que resultou nas condenações de pessoas ligadas a todo tipo de escândalos envolvendo a máfia e importantes políticos<sup>227</sup>, é dela o mérito de revelar

---

<sup>222</sup> GEMAQUE, Silvio César Arouck. A chamada do corréu. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, nº61, 2003, págs.45/70. p. 47.

<sup>223</sup> SIMAS JÚNIOR, Carlos Rogério. **O instituto da delação premiada: aspectos históricos, filosóficos e jurídicos**. Biguaçu: Clube de autores.2016. p. 13.

<sup>224</sup> FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. A delação premiada. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. p. 247- 266. 2007. p. 249.

<sup>225</sup> Ibid., p. 249.

<sup>226</sup> O caso tornou-se popular como sendo expressão histórica da admissão da colaboração judicial nos tribunais modernos. Trata-se de episódio amplamente mencionado em textos que versam sobre o assunto, porém não se avista na bibliografia nacional, pesquisa bibliográfica apta a confirmá-lo como primeira manifestação da colaboração judicial.

<sup>8</sup> CRUZ, André Gonzalez. Voz do delator: Delação premiada é mal necessário que deve ser restrito. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 30 out 2006 < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/49661,1>> . Acesso em: 19 fev. 2016.



um esquema de corrupção sistêmica<sup>228</sup>. A colaboração lá denominada de *patteggiamento* permitiu a produção de provas contra indivíduos influentes que mantinham grupos submissos, onde os membros subalternos por vezes eram punidos como “bodes expiatórios”.

No direito italiano são identificáveis três categorizações para as contribuições: *pentito*, dissociado e colaborador da Justiça<sup>229</sup>. O *pentito* ou arrependido<sup>230</sup> seria aquele que confessava e informava a prática de crimes conexos, impedindo novos crimes. Já o dissociado é identificado legalmente e compromete-se com o abandono às práticas criminosas, além de contribuir para minimizar as consequências de crimes conexos. O colaborador, por sua vez, seria aquele que auxilia no fornecimento de informações úteis durante as investigações<sup>231</sup>.

A admissibilidade da contribuição na Itália está condicionada à possibilidade de confirmação das informações prestadas por outros elementos de prova. Também são exigidos requisitos que deverão ser analisados juridicamente para que se admita o conteúdo da colaboração, quais sejam: coerência, constância e espontaneidade<sup>232</sup>. É no art.192 do Código Processual Italiano que está prevista a contribuição por meio do “chamamento do corréu”<sup>233</sup>, onde está qualificado como mero indício de prova<sup>234</sup>.

Na experiência dos Estados Unidos da América – EUA o modelo colaborativo é amplamente empregado e sistematizado. A contribuição do acusado com o Estado é tratada como resultado de uma negociação e não como uma oferta do acusado. A acusação *prosecutors* e o acusado *defendant* trocam informação por prêmio *bargain*<sup>235</sup>. Marco Aurélio Gonçalves Ferreira em análise sobre o modelo

---

<sup>228</sup> BARBACETTO, Gionni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. **Operação Mãos Limpas**: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato. Porto Alegre: CDG, 2016.

<sup>229</sup> FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. A delação premiada. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. P. 247- 266. 2007. p. 250.

<sup>230</sup> Ibid., p. 250.

<sup>231</sup> Ibid., p. 250.

<sup>232</sup> Os requisitos foram amplamente discutidos nos autos Cass. S.U., 22.2.93/192465 no Poder Judiciário Italiano. GEMAQUE, Silvio César Arouck. A chamada do corréu. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, nº61, 2003, págs.45/70. p. 50.

<sup>233</sup> Corréu é tratado na doutrina italiana como “coimputado”.

<sup>234</sup> Artigo 192, comma 3: *Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità*. ITALIA. **Cocidi di Procedura Penale**. Decreto del Presidente della Repubblica. 22 Set. 1988, n. 447. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

<sup>235</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado, procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

processual americano reflete a ampla legitimidade que os promotores possuem para formalização das acusações e seus arquivamentos, o que permite autonomia para celebração de acordos<sup>236</sup>.

As principais vantagens enumeráveis para os réus abarcados pelo modelo americano, também denominado de *Plea bargaining*, seriam: 1) redução da possibilidade de pena; 2) aumento da possibilidade da sentença não condenatória; 3) a redução do custo financeiro da representação legal<sup>237</sup>. Também o Estado se beneficia com o modelo negocial americano, vez que: 1) reduz custos financeiros do processo; 2) diminui o número de processos, melhorando a eficiência das decisões; 3) desafoga o trabalho da promotoria<sup>238</sup>. O sistema ainda admite a figura do *Guilty plea* que se trata do reconhecimento da culpa sem processo, oportunidade em que o réu renuncia às garantias processuais, tendo como único requisito a espontaneidade da confissão<sup>239</sup>.

Os sistemas italiano e americano possuem profundas diferenças entre si decorrentes da distância de suas matrizes sistêmicas, por possuir a Itália a tradição *civil law*, enquanto os Estados Unidos da América aplicam o *common law*, o que não impede que ambos admitam experiências colaborativas em seus modelos jurídicos. Apesar de diferentes, esses sistemas que são os principais mundialmente, não são opostos entre si, mas possuem particularidades sobre o comportamento de interpretação da norma e o alcance das instituições.

O *civil law* é o sistema legal de origem Romano-Germânica, centrado na norma, comportando-se como sistema fechado, composto por conceitos e conexões lógicas<sup>240</sup>. Outra marcante característica, que em boa medida o define, é sua codificação, uma das circunstâncias responsáveis pela sua expansão e unidade<sup>241</sup>. A lei passa a ser a baliza para a decisão do julgador, a partir de sua finalidade de expressão da vontade do povo, de modo que toda interpretação parte dela e a partir dela se alcança a correção do resultado.

---

<sup>236</sup> FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal**: um estudo comparado. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004. p. 33.

<sup>237</sup> Ibid., p.36.

<sup>238</sup> Ibid., p.37.

<sup>239</sup> ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Natureza jurídica da transação penal e efeitos decorrentes. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 18 n. 8 ago. 2006. P. 44.

<sup>240</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. Ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 48-49.

<sup>241</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 54-55; 65.

O *common law* baseia-se na ideia de “direito comum”, originalmente centrado por leis não escritas, orientado pelo costume<sup>242</sup>. Há importante prestígio para a segurança jurídica, que não será conferida por meio da lei, mas da coerência das interpretações a serem realizadas pelos juristas. A base do sistema é a experiência e não apenas a lógica abstrata antecedente ao fato<sup>243</sup>.

Em que pese às características próprias de cada sistema, o Marco Antônio da Costa Sabino em escrito periódico reflete a tendência moderna do Judiciário para aproximação entre eles: no âmbito do *common law* o direito escrito passa a ser privilegiado, enquanto em relação ao *civil law* os precedentes passam a ocupar lugar de destaque<sup>244</sup>. Não bastasse isso, o modelo negocial, amplamente admitido nos países que aplicam o modelo *common law*, tem inspirado os países de tradição *civil law* a privilegiarem a autonomia da vontade. Tamanho o sucesso da negociação frente ao sistema tradicional que se estima que 90% dos casos nos Estados Unidos sequer chegam ao julgamento no Tribunal do Júri, o que faz deste modelo uma referência<sup>245</sup>.

O modelo judicial clássico está centrado no poder jurisdicional, onde as partes sujeitam-se a uma decisão do Estado, em contraposição à autotutela<sup>246</sup>. O processo judicial manifesta-se pela instrumentalização da interferência do Poder Público no âmbito privado e o meio estatal para monopólio das soluções de conflitos<sup>247</sup>. A comunicação dos modelos jurídicos tem permitido significativas transformações nos sistemas mundiais.

No Brasil, país que tradicionalmente aplica o sistema da *civil law*, a estrutura judicial tem incorporado práticas que possuem inspiração no *common law*, principalmente representadas pelo prestígio aos precedentes e práticas judiciais de negociação, nas quais se privilegia a colaboração e o consenso. As experiências já

<sup>242</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009. p. 54.

<sup>243</sup> GALIO, Morgana Henicka. História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. In: **XXIII Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. 2014.** Disponível em: <<https://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

<sup>244</sup> SABINO, Marco Antônio da Costa. O Precedente judicial vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abr. 2010.

<sup>245</sup> MALAN, Diego. Sobre a condenação sem julgamento prevista no PSL 156/09. **Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo. Ano 17. Nº207. Fev.2010. P.03.

<sup>246</sup> FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: um estudo comparado**. Rio Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004. p. 44.

<sup>247</sup> Ibid., p. 45.

institucionalizadas são a transação penal, colaboração premiada e acordo de leniência. Apesar de estabelecidas no sistema nacional, não se pode ignorar que essas transformações colocam em questionamento postulados tradicionais como o princípio da obrigatoriedade da ação penal, e a supremacia do Estado.

A transação penal foi incorporada ao sistema jurídico brasileiro através do art.98 da Constituição Federal de 1988, admitindo-se para infrações penais com menor potencial ofensivo a realização de transação, a serem realizadas junto aos Juizados Especiais. Finalmente a Lei 9.099/1995 em seu art.61 e a Lei 10.259/2001 no art.2º definiu que os delitos aptos a admitir a transação seriam aqueles com pena abstrata não superior a dois anos. Trata-se de medida concebida como consensual e despenalizadora, embora seus efeitos práticos sejam o de ampliar o alcance de responsabilização de infrações penais menos gravosas<sup>248</sup>.

Quanto à colaboração, o maior obstáculo à aplicação da sanção premial é a falta de norma primária específica, resultado da ausência de sistematização. A cooperação judicial, que possui manifestações desde as Ordenações Filipinas<sup>249</sup>, não possui no sistema brasileiro regras claras sobre sua execução<sup>250</sup>, de um modo geral, suas manifestações estão descritas em normas esparsas.

No âmbito criminal as previsões de colaboração premiada estão previstas na Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990, art. 8.º, parágrafo único); na Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986, art. 25,§2º, em redação dada pela Lei nº 9.080/1995); na Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (Lei 8.137/1990, art.16, parágrafo único); na Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/1995, art. 6º); no Código Penal (art. 159, 4.º – extorsão mediante sequestro); na Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998, art. 1.º,§5º); na Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/1999, art. 13 e 14) <sup>251</sup> e na Lei Antitóxicos (tanto na revogada Lei 10.409/2002, art.32, §2º, quanto na vigente Lei 11.343/2006, em seu art.41). Dentre essas leis a

---

<sup>248</sup> ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Natureza jurídica da transação penal e efeitos decorrentes. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 18 n. 8 ago. 2006. p. 42.

<sup>249</sup> FERREIRA, Regina Cirino Alves. Caso Tiradentes e Repressão Penal: passado e presente. **Revista Liberdades**. Disponível em <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=11](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=11)>. Acesso em: 02 ago. 2017.

<sup>250</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Considerações sobre a coação como elemento accidental da estrutura da norma jurídica: a ideia de pena e sanção premial. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, ano 51, nº 190, jul./dez. 2006, p. 287-310.

<sup>251</sup> FONSECA. Pedro Henrique da Fonseca. Delação Premiada. **DE JURE – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. n.10, jan./jun. de 2008.

melhor experiência do legislador quanto à sistematização da colaboração premiada foi a Lei 9.807/1999, nos artigos 13 e 14, descreve expressamente a concessão de benefícios como perdão judicial e a redução da pena pela colaboração.

Na lição de Otavio Luiz Rodrigues Junior a colaboração premiada nada mais é do que um negócio jurídico responsável por estabelecer nova proposição jurídica além das existentes. A prestação de informações imprescindíveis para conclusão das investigações tem seu “prêmio” em liberar o devedor, enquanto a não prestação importa a “pena” de exigir de seu patrimônio, ou, excepcionalmente, de sua liberdade ambulatoria, o ressarcimento<sup>252</sup>.

Outro exemplo de prática colaborativa no sistema brasileiro é o acordo de leniência, que também é um instrumento de cooperação adstrito ao âmbito administrativo destinado às pessoas jurídicas de direito privado. No Brasil esses acordos estão sendo experimentados desde o ano de 2000, quando a legislação de proteção ao mercado econômico realizou sua primeira experiência. Hoje o acordo encontra-se expressamente disciplinado na Lei 12.846/2013, e se desenvolve em sede de responsabilização administrativa de pessoas jurídicas.

A experiência da Administração Pública enquanto negociadora, seja qual for a forma de manifestação, representa a atualização com tendências mundiais de promoção às soluções alternativas de conflitos. O interesse público, que alicerçava a tradicional posição de supremacia estatal, altera seus paradigmas e passa a ser interpretado em compatibilidade com procedimentos consensuais. A sujeição irracional do cidadão ao Estado passa a ceder espaço ao diálogo.

### 3.5- O comportamento do acordo de leniência no Brasil.

No âmbito do combate à corrupção, a responsabilização administrativa-civil dispõe de vantagens sob a criminal, tais como a inaplicabilidade da arguição de foro privilegiado; a possibilidade de indisponibilidade cautelar dos bens do agente sem que haja indícios mínimos; o afastamento das garantias processuais que tornam inexigível a prestação da verdade; além de admitir um espectro de condutas

---

<sup>252</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Considerações sobre a coação como elemento acidental da estrutura da norma jurídica: a ideia de pena e sanção premial. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, ano 51, nº 190, jul./dez 2006, p. 287-310.

passíveis repreensão. Especialmente contra as pessoas jurídicas vinculadas aos atos contrários à moralidade pública trata-se a responsabilização administrativa-civil é a única admitida.

O entendimento dominante no Brasil é o da incompatibilidade da pessoa jurídica com categorias dogmáticas de ação e culpabilidade e próprio destinatário de pena<sup>253</sup>. Nos sistemas estrangeiros existem notícias da responsabilização criminal da pessoa jurídica, a citar a Espanha, que em seu código penal passa a responsabilizá-las por atos praticados em seu nome, em função das mesmas ou em seu proveito, por seus representantes legais e administradores. É a partir do referencial de responsabilização que o *compliance* é pensado, objetivando figurar como atenuante à punição penal da pessoa jurídica, vez que seria um instrumento destinado à prevenção e descoberta de irregularidades através da pessoa jurídica.

Os sistemas jurídicos no direito comparado que admitem a punição criminal das pessoas jurídicas baseiam-se em três perspectivas de responsabilidade<sup>254</sup>: 1) o sistema vicariante ou de transferência de responsabilidade, responsabilidade por atribuição; 2) o de culpabilidade de empresa, responsabilidade por fato próprio e 3) sistema misto. No Brasil, a responsabilização criminal da pessoa jurídica é excepcional, constitucionalmente admitida somente para crimes ambientais, art. 225, § 3º da Constituição Federal, e crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, art. 173, § 5º da Constituição Federal<sup>255</sup>.

O espectro de responsabilização das pessoas jurídicas encontra-se bem definido quanto ao âmbito administrativo-civil. As principais leis que instrumentalizam a punição e reparação por danos causados ao erário por elas causados direta ou indiretamente são as: Lei 8.666/1993, Lei das Licitações; Lei 12.529/2011, Lei Antitruste; Lei 12.846/2013, Lei Anticorrupção; Lei 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa. As pessoas jurídicas enquanto entidades civis dotadas de direitos

---

<sup>253</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.163-165.

<sup>254</sup> “Dá-se, então, a transferência de responsabilidade à própria empresa, em leitura de adequada heterorresponsabilidade. Por outro lado, entendendo-se o sistema de culpabilidade da empresa, deve analisar-se o comportamento pó-delitivo da própria pessoa jurídica. Caso esta se mostre diligente para a prevenção e descobrimento de responsabilidades, ela não se mostra merecedora de sanção. Aqui, a leitura é de estrita autorresponsabilidade. O sistema misto, por sua vez, prevê uma combinação dos dois anteriores. Inicialmente, procede-se de modo vicariante, a transferência de responsabilidade do ato praticado pelo agente à pessoa jurídica. Em seguida, através de um sistema de atenuantes e agravantes, conforme tenha sido o comportamento pós-delitivo da própria empresa, estabelece-se a sanção correspondente.” Ibid., p.107.

<sup>255</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso: 05 de mai. 2017.

pactuem com a Administração Pública diretamente, na hipótese de prestarem serviços, ou com ela se relacionam indiretamente, quando devem respeitar suas leis de organização.

Neste âmbito de responsabilização duas leis destacam-se a Lei 12.529/2011 e a Lei 12.846/2013, vez que prescrevem sanções de multas direcionadas às pessoas jurídicas, além de estarem organizadas para correção e reestruturação da atuação destas empresas. Ambas as leis prescrevem a admissão de instrumentos negociais, tais como o termo de compromisso de cessação, acordo de leniência. Este último é comum às duas leis e guardará especificidades ligadas à legislação que o disciplina.

Em linhas gerais os acordos de leniência apresentam estruturas negociais semelhantes em que a pessoa jurídica em troca de leniência em relação às condutas/comportamentos passíveis de responsabilização fornece informações úteis e/ou reconhece a realização de práticas irregulares<sup>256</sup>. A origem do instituto está ligada ao Direito Antitruste, ligado à moralização da concorrência, tendo inspiração nos mecanismos internacionais de colaboração no âmbito criminal<sup>257</sup>.

No Brasil, a estreia do acordo de leniência esteve vinculada à legislação antitruste nacional. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é o órgão responsável pela execução do Programa de Leniência Antitruste<sup>258</sup>, que nada mais é do que o sistema de compensação destinado às empresas que se comprometam a “cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar a participação na prática da infração à ordem econômica, bem como a cooperar com as investigações, apresentando informações e documentos relevantes para o detalhamento da conduta a ser investigada”.

A abrangência da Lei Antitruste, também conhecida como Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, é significativa, vez que abrange hipóteses de negociação administrativa com extensões às práticas criminais. A prática de cartel, combatida pela referida lei, figura tanto como ilícito administrativo, conforme art.36, §3º, inciso I da Lei 12.529/2011, bem como figura como ilícito criminal, art.4º, inciso

---

<sup>256</sup> SIMÃO, Valdir Mysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan. 2017. p. 107.

<sup>257</sup> Ibid., p.65-67.

<sup>258</sup> BRASIL. GOVERNO FEDERAL. **O Programa de leniência do CADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em 10 nov. 2017.

II da Lei 8.137/1990<sup>259</sup>. Desta forma, a possibilidade do acordo de leniência apto a conferir aos seus signatários tanto a imunidade administrativa quanto a criminal, quando não houver conhecimento da conduta, disponibiliza meios eficientes e alternativos à punição para que haja o reposicionamento dessa empresa após a negociação. É possível, ainda, que mesmo após o CADE haver iniciado procedimento administrativo para responsabilização que haja a redução das penalidades em até dois terços conforme a contribuição fornecida<sup>260</sup>.

A repercussão do acordo de leniência no âmbito criminal para proteção da concorrência manifesta-se pela suspensão do curso do prazo prescricional e impede a oferta de denúncia contra os crimes contra a ordem econômica a que possam ser vinculados os gestores da pessoa jurídica. Cumprido o acordo extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes relacionados à concorrência e da conduta de associação criminosa<sup>261</sup>. Embora não exista previsão que admita a celebração de acordo exclusivamente pelos controladores, sócios e dirigentes das empresas sujeitas à regulação do CADE, a possibilidade de extinção de punibilidade para as pessoas físicas faz do instrumento negocial um acordo administrativo-civil com repercussão criminal.

A dinâmica do acordo de leniência antitruste diante das especificidades para sua concretização apresenta requisitos próprios. A primeira situação diz respeito aos seus efeitos criminais, posto que sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, o impedimento da oferta ação penal depende da intervenção do Ministério Público. Segundo Valdir Moysés Simão e Marcello Pontes Vianna em todos os acordos celebrados pelo CADE com extensão de efeitos criminais promoveu-se a participação do Ministério Público<sup>262</sup>. A segunda situação a ser enfrentada é a de que o âmbito de negociação do CADE está circunscrito ao procedimento administrativo. Desta forma, diante da direta negociação com o órgão ou ente da Administração Pública torna-se dispensável qualquer conduta homologatória.

Segundo dados do próprio CADE o Programa de Leniência, inserido como atividade consensual da administração pública ou solução consensual na defesa da

<sup>259</sup> BRASIL. GOVERNO FEDERAL. **O Programa de leniência do CADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em 10 nov. 2017.

<sup>260</sup> Ibid.

<sup>261</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em 10 jan. 2018. p.11 – 12.

<sup>262</sup> SIMÃO, Valdir Mysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan. 2017. p.106.



concorrência, representa o crescimento de 329% das contribuições pecuniárias<sup>263</sup>. Não bastasse isso, mesmo os Termos de Cessação de Conduta, que se encontram disponíveis para os demais investigados e não repercutem criminalmente, no ano de 2015 ensejaram o recolhimento de valor 39% maior do que o de multas resultantes de processos administrativos que tramitaram inteiramente. Em números, no ano de 2015 os valores recolhidos em razão dos acordos somaram cerca de R\$ 464 milhões<sup>264</sup>.

O sucesso do acordo de leniência no sistema concorrencial é inegável, porém, algumas de suas peculiaridades técnicas o diferenciam em relação ao acordo de leniência prescrito na Lei Anticorrupção, tratando-se claramente de instrumentos consensuais administrativos diversos. No âmbito da Lei 12.529/2011 a autoridade legitimada para celebração do acordo é a Superintendência-Geral do CADE, enquanto em relação à Lei 12.846/2013, em seu art.16, outorgou competência para a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, desde que haja capacidade de articulação com outros órgãos do Estado. A Lei Anticorrupção criou ainda uma regra específica para o Poder Executivo federal e administração pública estrangeira, cabendo à Controladoria Geral da União a celebração de acordos que envolvam tais partes<sup>265</sup>.

Outra distinção, é que este modelo colaborativo no âmbito da Lei Anticorrupção não alcançará as pessoas naturais, o que significa dizer que os controladores, sócios e dirigentes continuarão passíveis de responsabilização, em especial na seara penal<sup>266</sup>. Ao contrário do acordo de leniência antitruste, não existe previsão da Lei Anticorrupção de que as pessoas física e jurídica negociem juntas<sup>267</sup>.

---

<sup>263</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em 10 jan. 2018. p. 83.

<sup>264</sup> Ibid., p. 85.

<sup>265</sup> SIMÃO, op. cit., p. 103-104.

<sup>266</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Emerson, 2013. p.888.

<sup>267</sup> SIMÃO, Valdir Mysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan. 2017. p. 86.

#### **4- POSSIBILIDADES DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: NOVA SISTEMÁTICA DE COMBATE À CORRUPÇÃO**

O movimento nacional de moralização da Administração Pública deve ser compreendido de forma sistêmica, não somente para que seja prestigiado o âmbito administrativo-civil de combate à corrupção, mas para que seja realizado de forma integrada. A Lei Anticorrupção inaugura no Brasil a política de *compliance* para compreensão do direito como integridade, fomentando ações preventivas para proteção da Administração Pública. A responsabilização das pessoas jurídicas privilegia a interrupção das condutas ímprobas e identificação de outras condutas irregulares em detrimento da dispensa da punição sancionatória tradicional.

O acordo de leniência para as pessoas jurídicas ofensoras da Administração Pública apresenta-se como eficiente mecanismo consensual de proteção da Administração Pública. As empresas vinculadas à prática corrupta através do acordo têm a possibilidade de impedir punições compulsórias que poderiam alcançar a dissolução. Para Administração Pública, a medida representa maior potencial de suspensão das práticas irregulares por serem as condições alternativas à punição livremente pactuadas com as pessoas jurídicas. Como resultado, o consenso apresenta-se no Brasil como instrumento processual geral eficaz no combate à corrupção.

Não bastassem os excelentes resultados obtidos no âmbito da responsabilização criminal para pessoas físicas e no âmbito administrativo-civil para pessoas jurídicas é impossível ignorar que as soluções consensuais para as controvérsias e conflitos representem a tendência de comportamento do sistema jurídico nacional. A Lei de Mediação e o “Novo Código de Processo Civil”, Lei 13.105/2015, especialmente no que diz respeito aos negócios processuais em que há a participação da Administração Pública, privilegiam soluções compositivas. Desta forma, a vedação ao acordo contida na Lei de Improbidade Administrativa comporta-se de forma antinômica em relação às normas processuais civis e ao próprio sistema de responsabilização administrativa-civil. A restrição para as práticas consensuais nas ações de improbidade limita a defesa dos sujeitos passivos ao deixar de dispor de alternativas às sanções, privando a Administração Pública de ampliar o ressarcimento ao erário.

#### 4.1- Hipóteses: legitimidade, alcance e possibilidades do combate à corrupção.

A expressão corrupção aparece uma única vez na Constituição Federal no art.14, §10, onde figura como uma das hipóteses de impugnação do mandato eletivo<sup>268</sup>. As demais situações que poderiam ser interpretadas pelas ciências sociais como corruptas serão definidas como transgressões aos valores nacionais que alicerçam a soberania nacional. A corrupção tão-somente figuraria como uma das faces do ato de improbidade, o qual possui um espectro de maior amplitude, englobando condutas que não poderiam ser facilmente enquadradas juridicamente<sup>269</sup>. A improbidade seria o gênero do qual a corrupção seria a espécie.

Ao nível mundial, a corrupção é expressamente combatida através da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, onde a prática é reconhecida como problema transnacional que afeta todas as sociedades<sup>270</sup>. Em que pese à existência de outros instrumentos internacionais com finalidade semelhante, este devota especial atenção à recuperação de bens pelos Estados Partes e o fomento às medidas preventivas<sup>271</sup>. Do que se conclui que uma das perspectivas de combate à corrupção consiste na correção na reversão de suas consequências financeiras.

A universalidade das condutas corruptas admite sua identificação como inerente à natureza humana<sup>272</sup>. Porém, a realidade da corrupção vivida no Brasil não é a mesma em outras partes do mundo. A leitura da corrupção não pode ser feita

---

<sup>268</sup> Art.14: A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) § 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>269</sup> GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 233: 103-139, jul./set. 2003. p.130. Disponível em: < file:///C:/Users/Usuario/Downloads/45445-93000-1-PB.pdf>. Acesso em 15 jul. 2017.

<sup>270</sup> Trata de outros instrumentos internacionais de combate à corrupção: Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pela Organização dos Estados Americanos em 29 de março de 1996, o Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção no qual estão envolvidos funcionários das Comunidades Europeias e dos Estados Partes da União Europeia, aprovado pelo Conselho da União Europeia em 26 de maio de 1997, o Convênio sobre a luta contra o suborno dos funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu em 27 de janeiro de 1999, o Convênio de direito civil sobre a corrupção, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu em 4 de novembro de 1999 e a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção, aprovada pelos Chefes de Estado e Governo da União Africana em 12 de julho de 2003.

<sup>271</sup> Art.52, 53 da Convenção. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>272</sup> GARCIA, op. cit., p.130.

simplesmente por teorias econômicas. Os contornos brasileiros demandam sua compreensão sob uma perspectiva jurídico-sociológica<sup>273</sup>.

Independente de qual perspectiva seja a eleita como referencial, o controle da corrupção, trata-se de interesse público fundamental à constituição de uma sociedade democrática<sup>274</sup>. O Brasil possui uma posição destacada frente a outras nações por possuir mecanismos próprios para punição dos desvios na gestão da coisa pública, não de forma alternativa à punição criminal, mas com alcance mais amplo e finalidade cumulativa, do que é exemplo a Lei 8.429/1992.

A corrupção brasileira manifesta-se não somente pela tipificação criminal, ou de outros crimes correlatos, compreende, sobretudo o desrespeito aos princípios constitucionais que prescrevem a correção na atuação pública e a proteção do bem público. O que torna imprescindível a análise deste fenômeno sob suas diversas perspectivas. Principalmente porque a proteção do direito subjetivo do cidadão à administração proba é encampada sob o título de combate à corrupção.

O comportamento do sistema jurídico brasileiro prático tem privilegiado interferir nas amplas facetas de manifestação da corrupção, opção que inegavelmente se identifica a opção prática por uma maior abrangência dos acordos celebrados com as pessoas físicas e jurídicas praticantes de condutas corruptas, opção consensual que sequer pode ser denominada colaboração premiada, que se encontra adstrita a matéria criminal, assim como não pode ser reduzida ao acordo de leniência, restrito ao âmbito administrativo de responsabilização.

A amplitude do fenômeno não pode ser restrita ao âmbito criminal, e o sistema brasileiro de combate à corrupção merece ser interpretado frente às novas tendências alternativas para solução de conflitos. Especialmente no que se refere ao emprego de ferramentas consensuais no sistema de responsabilização administrativa. Em reforço à utilização das técnicas consensuais da ação de improbidade administrativa deve-se considerar não somente a experiência criminal exitosa, mas que todo o sistema jurídico está orientado para solução harmônica.

A punição estritamente penal limita o espectro de abrangência e o potencial de eficiência no ressarcimento ao erário, além de sujeitarem seus sujeitos passivos

---

<sup>273</sup> Ibid., p.130.

<sup>274</sup> AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília, DF: CEPAL. Escritório/IPEA, 2011. (Textos para Discussão CEPAL – IPEA, 32). 40p. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9732](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9732)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

de aplicação regularidade da vedação à utilização das ferramentas consensuais na ação de improbidade administrativa, posto que por se tratar de um âmbito não penal, a moralização deveria ser a prioridade e não a punição.

#### 4.2- Sistema de combate à corrupção e a promoção do *compliance*.

Observa a historiadora Denise Moura<sup>275</sup> que a corrupção no Brasil é identificada desde a colonização. Essa conclusão é amplamente disseminada entre a população, que por vezes entende o problema como sem solução. Após a realização de operações político-criminais de alcance nacional, o combate à corrupção passou a ser associado à repressão criminal, especialmente com a desarticulação de grupos corruptos. As recentes inovações legais, associadas à interpretação sistêmica permitiram a sanção penal dos agentes criminosos.

A punição criminal foi significativamente reforçada nas últimas décadas pelas ampliações interpretativas responsáveis por identificar os agentes corruptos como participantes de verdadeiras estruturas criminosas. Foi a partir deste momento que a Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013<sup>276</sup>, destinada a instrumentalizar o combate às organizações criminosas, passa a incrementar a apuração e punição da corrupção. Suas principais contribuições estão relacionadas à ampliação dos instrumentos de investigação, ajustando as ferramentas disponíveis à complexa estruturação desses grupos criminosos.

O destaque conferido ao sistema criminal desprestigia o arcabouço administrativo/civil de prevenção e repressão à corrupção, mesmo sendo abrangente e um recurso menos invasivo. Onde as lições do clássico Cesare Beccaria precisam ser consideradas para avaliação da proporcionalidade e a própria necessidade da

---

<sup>275</sup> NEHER, Clarissa; WELLE, Deutsche. Análise histórica mostra que corrupção no Brasil persiste desde o período colonial. **G1 Educação**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/analise-historica-mostra-que-corrupcao-no-brasil-persiste-desde-o-periodo-colonial.ghtml>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

<sup>276</sup> BRASIL. Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2017.

punição penal que é extrema<sup>277</sup>. O sistema administrativo de combate à corrupção dispõe de leis esparsas editadas com o fim específico de moralização da Administração Pública, onde as principais são: a Lei 12.529/2011, Lei 12.846/2013 e Lei 8.429/1992.

A Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Trata-se de legislação para o combate e punição de ilícitos administrativos ofensivos à ordem econômica<sup>278</sup>. A proteção concorrencial aproxima-se aos postulados americanos sobre corrupção, vez que sua definição internacional está intimamente ligada à interferência irregular no mercado para proveito particular.

As medidas de proteção ao mercado embora salvaguardem diretamente a regularidade das negociações no âmbito privado, compõe o sistema de combate à corrupção por prevenirem consequências ofensivas à Administração Pública. Segundo Fernanda Garcia Machado a regularidade do mercado inibe práticas corruptas, evitando a cooptação de membros da Administração Pública para contribuírem direta ou indiretamente com a impunidade dessas irregularidades<sup>279</sup>. Além de a própria corrupção ser um fator de interferência no mercado. Sendo possível a punição tanto da pessoa jurídica, quanto das físicas que as compõe.

A Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013, também denominada Lei Anticorrupção, foi responsável por cuidar da responsabilização de pessoas jurídicas em face de conduta praticada por pessoas naturais que atuem em seu interesse ou benefício<sup>280</sup>. Nas exatas palavras de Marcelo Pontes Vianna e Valdir Mysés Simão “sempre que comprovada a responsabilidade administrativa de uma pessoa jurídica, nota-se ao mesmo tempo o ajuizamento de uma ação penal em desfavor de uma pessoa natural”<sup>281</sup>. Observando-se que a responsabilidade penal de pessoa jurídica é excepcional.

---

<sup>277</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flórico de Angelis. Bauru: Edipro, 2000.

<sup>278</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em 10 jan. 2018.

<sup>279</sup> Ibid.

<sup>280</sup> SIMÃO, Valdir Mysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan. 2017.p.38.

<sup>281</sup> Ibid., p.38.

A Lei Anticorrupção seria um exemplar de modelo de autorregulação, nos moldes de correção público-privada<sup>282</sup>. A referida lei estabelece exigências para adequação interna das pessoas jurídicas de direito privado que almejem negociar com o Estado. A aproximação das empresas privadas da Administração Pública passa a ter como requisito a correção interna das empresas privadas. As recomendações para fomento da moralização demonstram a preferência entre a identificação dos protagonistas da corrupção e cessação da conduta do que a mera repressão da conduta.

A responsabilização administrativa realizada pela Lei Anticorrupção centra-se muito mais em prevenir e reestabelecer a moralidade do que na punição. No dizer de Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz as medidas sancionadoras criminais, que não estão abarcadas pela Lei 12.846/2013, são mais gravosas assim como possuem finalidade específicas<sup>283</sup>. Desta forma, a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas admite as práticas negociais como alternativa à punição, permitindo que além da identificação da pessoa jurídica corrupta seja possível a cobrança de indenização estatal.

A instrumentalização da Lei Anticorrupção é realizada pelo Decreto 8.420/2015 data de 18 de março. Esta norma estrutura o “Programa de Integridade” onde moralização da atividade das pessoas jurídicas está vinculada à aplicação de dezesseis critérios e procedimentos, cuja observação passa a ser exigida como condições em acordos para perdão das punições, bem como na qualidade de requisito para contratação com a Administração Pública<sup>284</sup>.

Além das recentes leis destinadas ao combate da corrupção é possível identificar que a legislação nacional enunciava em leis esparsas possibilidades de punições das pessoas jurídicas que praticassem condutas fraudulentas contra a Administração Pública<sup>285</sup> tais como: a Lei 8.429/1992 – Lei de improbidade administrativa através de seu art.3º<sup>286</sup>, Lei 8.666/1993 – Lei de licitação em seus

---

<sup>282</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.37.

<sup>283</sup> Ibid., p. 317.

<sup>284</sup> Ibid., p. 328- 330.

<sup>285</sup> SIMÃO, Valdir Mysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan. 2017.p.45.

<sup>286</sup> Sobre a possibilidade da Lei de improbidade administrativa também alcançar as pessoas jurídicas o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento ao interpretar a palavra “agente” como extensível às pessoas jurídicas. É válida observação do precedente que baliza este entendimento pacificado: Em abono ao que foi dito, o Ministro Hermam Benjamim, relatando o REsp n.º 1122177/MT, deixou registrado: “O sujeito particular submetido à lei que tutela a probidade

art.86 a 88; Lei 12.462/2011 – Regime Diferenciado de Contratações Públicas em seu ar.47, inciso V e a própria Lei 7.347/1985 – Lei da ação civil pública que abarca a possibilidade de condenação de pessoas jurídicas que ofendam o patrimônio público.

Embora a legislação administrativa já admitisse a responsabilização da pessoa jurídica teria a Lei Anticorrupção inovado ao disciplinar a responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Na opinião de Mauro Roberto Gomes de Matos<sup>287</sup> a vigência da Lei 12.846/2013 teria criado uma antinomia jurídica<sup>288</sup> pois permitiria que a mesma pessoa jurídica responsabilizada no âmbito da Lei 8.429/1992 fosse responsabilizada uma segunda vez pela Lei Anticorrupção.

A adoção da teoria do risco administrativo enseja a opção pela responsabilização objetiva tanto da pessoa jurídica de direito público, quanto da pessoa jurídica de direito privado. Divergindo da regra, a Lei 8.429/1992 embora comporte a possibilidade de processamento da pessoa jurídica estabelecerá uma responsabilização subjetiva solidária<sup>289</sup>, onde o fato ensejador da ação será ato ímprobo praticado por pessoa física, sendo necessária a comprovação de malícia e má-fé do sócio. Já a Lei 12.846/2013 está centrada na responsabilização objetiva dessas mesmas pessoas jurídicas<sup>290</sup>.

Os tipos infracionais descritos nessas duas leis são basicamente os mesmos, pois havendo prejuízo ao erário existirá ato atentatório contra o patrimônio público e contra os princípios da Administração Pública. A coincidência entre as Lei 8.429/1992 e Lei 12.846/2013 quanto à responsabilização administrativa da pessoa jurídica é brilhantemente solucionada por Mauro Roberto Gomes de Matos ao

---

administrativa, por sua vez, pode ser pessoa física ou jurídica. Com relação a esta última somente se afiguram incompatíveis as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. Em tese, portanto, eventual condenação por improbidade administrativa sujeita as pessoas jurídicas ao ressarcimento integral do dano, à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ao pagamento de multa civil e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, nos termos e limites do art. 12 da LIA.” BRASIL. STJ, REsp n.º 1122177/MT, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, DJde 27.04.2011.

<sup>287</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do conflito da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/13) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), no que pertine a responsabilidade da pessoa jurídica privada - antinomia jurídica. **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 8, n. 47, p. 9-28, nov./dez., 2015. Acesso em: 19 Mar. 2016. p.2.

<sup>288</sup> Antinomia é o conflito entre dois atos normativos, dois princípios, ou entre um ato normativo e um princípio geral do direito em sua aplicação prática a um caso particular. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

<sup>289</sup> Necessidade de representação conjunta entre a pessoa física e a jurídica.

<sup>290</sup> MATTOS, op. cit., p.6.



invocar o critério hermenêutico da especialidade, onde prevalecerá a Lei de Improbidade Administrativa<sup>291</sup>.

A prevalência da Lei de Improbidade Administrativa sob a Lei Anticorrupção para responsabilização de pessoas jurídicas não é posição pacífica, sendo a própria semelhança do objeto das normas pouco discutida. A regra é o tratamento da Lei 8.429/1992 como meio de responsabilização improbidade administrativa, enquanto a Lei 12.846/2013 é tratada como meio para responsabilização administrativo-civil. Ambas as leis, porém, expressam a opção nacional pela adoção de um modelo de direito de intervenção no combate à corrupção através da aplicação de punições econômicas e destinada à prevenção por meio de mecanismos de *compliance*.

A Lei Anticorrupção possui como grande mérito a introdução na ordem jurídica brasileira da política de *compliance*, que nada mais é do que um programa de cumprimento normativo<sup>292</sup>. O instituto possui origem nos Estados Unidos da América do Norte e destina-se à correção estatal e privada garantindo o cumprimento das regras e proibições do Direito Penal. O *compliance* inaugura em relação às pessoas jurídicas um movimento de moralização administrativista e combate à corrupção pela prevenção em detrimento da cominação de sanções administrativas. A legislação administrativa busca através de esses mecanismos modificar a perspectiva da conduta pública<sup>293</sup>.

A Lei Anticorrupção brasileira orienta a proteção da Administração Pública através de determinações destinadas às pessoas jurídicas de direito privado, enquanto as experiências de leis mundiais com a mesma finalidade admitem regulação ética direcionada diretamente à Administração Pública<sup>294</sup>. Os mecanismos de *compliance* no Brasil estão direcionados às empresas privadas orientando-as à promoção da integridade<sup>295</sup>, objetivando a priorização do interesse público em detrimento do interesse privado<sup>296</sup>.

---

<sup>291</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do conflito da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/13) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), no que pertine a responsabilidade da pessoa jurídica privada - antinomia jurídica. **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 8, n. 47, p. 9-28, nov./dez., 2015. Acesso em: 19 Mar. 2016. p.18.

<sup>292</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 114.

<sup>293</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade administrativa**. São Paulo: RT, 2013, p. 180.

<sup>294</sup> BREIER, Ricardo. Implementação de programas de compliance no setor público é um desafio. **Opinião Pública**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais>>.

<sup>295</sup> A concepção refere-se à regularidade do funcionamento da Administração Pública, sendo possível considerar “quebra de integridade” as práticas ofensivas à moralidade pública responsáveis por

Em manual da Controladoria Geral da União a integridade é tratada como uma política de promoção de confiança e legitimidade. Enquanto a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE apresenta definição ainda mais precisa indicando-a como o alinhamento à prevalência de valores éticos orientados para “prevenção à corrupção no setor público através da preservação da credibilidade das instituições públicas em suas decisões”<sup>297</sup>. Como consequência a repercussão econômica da integridade seria a de assegurar um campo propício para os negócios privados, minimizando os possíveis riscos de corrupção.

A noção jurídica de integridade tem a matriz de suas discussões iniciadas a partir de Ronald Dworkin, para quem seria um requisito prévio de civilização. Seria a integridade um ideal político harmônico entre o Estado e agentes morais. Sob esta perspectiva o âmbito administrativo de combate à corrupção ao orientar-se pela integridade legitima a abrangência de controle que não se limita à sanção, mas que se manifesta pedagogicamente.

O sistema de combate à corrupção amplia seus referenciais normativos através da Lei de Defesa do Sistema Brasileiro de Concorrência e Lei Anticorrupção, não mais se limitando à Lei de Improbidade Administrativa. A responsabilização administrativo-civil das pessoas jurídicas de direito privado é reforçada e principalmente é inaugurado o fomento à política de *compliance* que busca promover o combate à corrupção não meramente sancionatório, mas, sobretudo pedagógico preventivo.

É sob esta perspectiva profilática que os instrumentos negociais presentes nas Lei 12.529/2011 e Lei 12.846/2013 estimulam a identificação de pessoas jurídicas ofensoras da moralidade pública e responsabilização. Os sujeitos passivos submetidos a essas legislações passam a dispor do acordo de leniência como ferramenta consensual alternativo à punição das empresas. A possibilidade de acordo representa alternativa compatível com a política de *compliance*, em que a

---

configurar os atos corruptos, tais como recebimento/oferta de propina, desvio de verbas, fraudes, abuso de poder/influência, nepotismo, conflito de interesses, uso indevido e vazamento de informação sigilosa e práticas antiéticas. BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU. Manual para Implementação de Programas de Integridade: orientações para o setor público. Brasília. 2017. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/colecao-programa-de-integridade>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

<sup>296</sup> BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU. Manual para Implementação de Programas de Integridade: orientações para o setor público. Brasília. 2017. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/colecao-programa-de-integridade>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

<sup>297</sup> Ibid.

sanção é subalterna às hipóteses colaborativas para expansão da moralização da Administração Pública.

A abrangência do acordo e a própria natureza jurídica são objetos de discussões jurídicas, principalmente por excluir de sua esfera de alcance a responsabilização das pessoas físicas.

#### 4.3- Comportamento da vedação ao consenso da Lei 8.429/1992 frente ao sistema de combate à corrupção.

Tratando-se especificamente sobre a Lei Anticorrupção importa refletir não ter o texto legal estabelecido impedimentos sobre o momento da celebração do acordo, havendo notícias da possibilidade de colaboração mesmo após o início do processo administrativo<sup>298</sup>. Em que pese não exista essa definição quanto ao momento no processo administrativo, a Lei 12.846/2013 expressamente esclarece que o acordo deve ser formulado no âmbito do processo de responsabilização administrativo durante as investigações e não em sede judicial.

O art.16 da Lei Anticorrupção limita o momento colaborativo administrativo, enquanto o art.18 e art.19 esclarecem a independência entre a responsabilização administrativa e em esfera judicial, quando as Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, em concorrência com o Ministério Público poderão ajuizar ações para aplicação de sanções<sup>299</sup>. As referidas sanções que alcançam desde o perdimento de bens até a própria dissolução compulsória da pessoa jurídica.

A experiência prática de aplicação da Lei Anticorrupção durante a conhecida Operação Lava Jato ampliou a problematização sobre os seus limites normativos e as possibilidades de manifestação. Quando o indivíduo dono de uma empresa procurava o Ministério Público Federal – MPF, que somente poderia ter gerência sobre a responsabilidade criminal desse agente, para que a empresa não

---

<sup>298</sup> SIMÃO, Valdir Mysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan. 2017.p. 108.

<sup>299</sup> BRASIL. Lei 12.846/2013 de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

concentrasse as responsabilizações e pudesse também alcançar uma perspectiva de regularização, a opção adotada foi a de atuação conjunta, entre o MPF e a(s) autoridade(s) administrativa(s)<sup>300</sup>. Quanto à responsabilização por ato de improbidade administrativa, responsabilidade administrativa-civil (e também política), o MPF concedeu quitação não litigiosa, embora a Lei 8.429/1992 expressamente vede as práticas de transação, acordo ou conciliação.

A opção hermenêutica do MPF para dispor sobre a responsabilização por improbidade administrativa nos acordos celebrados embora não apresente a clareza esperável quanto à fundamentação legal utilizada, inegavelmente emprega lógica compatível com as vedações constantes na Lei de Improbidade Administrativa. De fato, o MPF não afronta a proibição de transação, acordo ou conciliação no âmbito da ação de improbidade. O MPF, ao contrário, inclui nos termos do acordo que entabula com a parte seus compromissos quanto à persecução criminal e dá “quitação de possíveis ações cíveis de sua autoria em desfavor das empresas e dos colaboradores”<sup>301</sup>. Desta forma, não existindo ação de improbidade administrativa ajuizada a proibição às práticas consensuais não teria alcance. Seria possível, segundo a estratégia prática aplicada pelo MPF cumular os âmbitos de responsabilização, reunindo os legitimados para protagonizarem os procedimentos de reparação.

Para hipótese de proposta de acordo no curso de ação de improbidade administrativa existe precedente brasileiro que buscou acomodar o respeito à vedação contida no §1º do art.17 da Lei 8.429/1992 e o melhor interesse para Administração Pública<sup>302</sup>. A solução prática empregada para compatibilização da proibição do acordo quando existe ação de improbidade administrativa ajuizada fosse pleiteado apenas o reconhecimento declaratório dos atos de improbidade administrativa sem aplicação de sanções, ao invés de um mero pedido de desistência da ação judicial em andamento. Os efeitos do acordo celebrado entre o MPF e a pessoa jurídica pactuante embora não possam estar diretamente relacionados com o objeto da ação de improbidade em razão da vedação,

---

<sup>300</sup> Não existindo proibição expressa e tratando-se os âmbitos de responsabilização concorrentes, e passíveis de cumulação. SIMÃO, Valdir Mysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan. 2017.p. 157.

<sup>301</sup> Ibid., p. 164.

<sup>302</sup> Tratou-se de acordo firmado com a pessoa jurídica “Construtora Camargo Corrêa” contemporâneo ao processamento da Ação Civil de Improbidade Administrativa n. 5006717-18.2015.4.04.7000, Justiça Federal do Paraná.

repercutiriam nos efeitos sancionatórios, diretamente no “espectro dosimétrico” descrito no art.12 da Lei 8.429/1992.

Os arranjos processuais/procedimentais para adaptação dos termos da colaboração premiada e acordo de leniência para incluírem extensão de efeitos em relação à responsabilidade por improbidade administrativa embora solucionem impasses pontuais, não fornecem qualquer segurança jurídica ou previsibilidade sobre seus termos. Os avanços proporcionados pelas práticas consensuais no combate à corrupção têm efetivamente aumentado a capacidade investigativa e as possibilidades de interrupção da conduta irregular e probabilidade de punição<sup>303</sup>. Todavia, a extensão dos efeitos da leniência para responsabilização por improbidade não fixa adequadamente as condições para sua quitação, embora o Código de Processo Civil que procede sua disciplina apresente instrumentos mais adequados para solução destes conflitos.

#### 4.4 – Solução alternativa de conflitos no Código de Processo Civil – Resolução Adequada de Disputas.

Ao longo dos mais de vinte e cinco anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, a natureza de suas sanções foi questionada em diversas oportunidades. A responsabilização administrativa-civil-política por ato de improbidade embora imponha aos seus sujeitos passivos a restrição de bens e direitos não se encontra abarcada pelas garantias processuais penais disponíveis para os réus. O alcance das punições contidas na Lei 8.429/1992 é civil, de modo que será o processo civil que empresta os institutos, bem como instrumentaliza as ações.

As regras procedimentais descritas na Lei de Improbidade Administrativa, assim como seus prazos são regidos pelo Código de Processo Civil - CPC, representado pela Lei 13.105/2015. O próprio art.15 do CPC indica sua aplicação em todo o território nacional como norma procedimental supletiva e subsidiária a

---

<sup>303</sup> SIMÃO, Valdir Mysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan. 2017.p.74

todas as outras<sup>304</sup>. Em relação ao combate à improbidade deve ser aplicado em complementariedade para todas as fases procedimentais com que seja compatível<sup>305</sup>.

Não se pode ignorar que apesar da pretensa amplitude do CPC destina-se originalmente para solução de conflitos de ordem privada. Emerson Garcia reflete que nem todos os instrumentos processuais civis disponíveis para ação de improbidade administrativa sejam adequados, porém se trata da única medida disponível diante da ausência de um “Código de Processo (Civil) Público”<sup>306</sup>. O mesmo autor ressalta ainda que a aplicação do CPC e do CPP – Código de Processo Penal, quanto ao inquérito civil, devem estar orientados para aproximarem-se do “processo civil de interesse público”<sup>307</sup>.

O âmbito processual civil disciplina a solução de conflitos individuais, em que as partes legítimas são as titulares ou não do direito discutido nas demandas. Enquanto à ação de improbidade administrativa destina-se à proteção dos interesses difusos referentes à probidade da administração pública. As pretensões indisponíveis estiveram protegidas em regra pelo processo penal, o que justifica o ainda pouco desenvolvido processo civil em relação aos direitos coletivos<sup>308</sup>.

Para Emerson Garcia seria possível, ainda, em complementação aos ditames da Lei 8.429/1992, a aplicação de regras processuais previstas na Lei 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, quando se tratar da tutela de interesse difuso de proteção ao patrimônio público<sup>309</sup>. Embora se trate de uma lição básica, é importante considerar que a ação civil de improbidade administrativa não corresponde à ação civil pública por ato de improbidade administrativa, embora possam coincidir quanto ao objeto e aos legitimados são ferramentas diferentes para

---

<sup>304</sup> Art.15 - Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

<sup>305</sup> GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei 8.429/1992. **CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público**. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

<sup>306</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Emerson, 2013. p.846.

<sup>307</sup> Ibid., p.846.

<sup>308</sup> GARCIA, op. cit.

<sup>309</sup> Ibid.

moralização da administração pública. As regras de ambas as leis não se opõem entre si, sendo plenamente aceitável a referida combinação.

As lições de Arthur Mendes Lobo fornecem importante solução para a hipótese de concorrência com a ação popular e ação de improbidade administrativa pelo mesmo fato (causa de pedir) que seria a de reunião das ações para julgamento simultâneo por conexão, conforme disciplina do CPC<sup>310</sup>. A legitimidade para propositura da ação popular distingue-a precisamente da ação de improbidade, já tendo tramitado no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.997/2006, de autoria da Comissão de Legislação Participativa objetivando inserir o cidadão como novo colegitimado para propositura<sup>311</sup>.

As discussões sobre procedimento da ação de improbidade administrativa se estendem às alterações do próprio CPC. A Lei 8.429/1992 foi editada na vigência do CPC do ano de 1973. A nova redação do CPC privilegiou as soluções consensuais e o estímulo direto às práticas da conciliação e da mediação. Os §2º e 3º do art.3º do CPC/2015<sup>312</sup> expressamente orientam à solução pacífica que seja estimulada por todas as figuras que compõe o Poder Judiciário: juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

A edição do Novo Código de Processo Civil está sincronizada com o movimento de transformação e ampliação de acesso à justiça, iniciado no Brasil com o Movimento pela Conciliação proposto pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>313</sup> no ano de 2006. A Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça também merece citação a como importante norteador da busca por soluções eficientes para as demandas<sup>314</sup>. São as alterações promovidas na Resolução n.125, em suas emendas realizadas nos anos de 2013 e 2016 que institucionalizam o

---

<sup>310</sup> LOBO, Arthur Mendes. A ação prevista na Lei de Improbidade Administrativa – competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**. n.9, 2008. p. 280.

<sup>311</sup> Ibid., p. 280.

<sup>312</sup> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

<sup>313</sup> CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego do Direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.99.

<sup>314</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

sistema para resolução adequada de disputas (RAD)<sup>315</sup> responsável pela interligação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC e Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC.

Para Henrique Ribeiro Cardoso a Resolução n.125 inaugura um sistema estrutural de resolução de disputas, vez que estabelece para os Tribunais um conjunto de obrigações administrativas para o estímulo das soluções pacíficas. O referido sistema ainda dispõe da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) modificada pela Lei 13.129/2015 e da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015)<sup>316</sup>. As implicações processuais deste modelo de solução pacífica avançam nas possibilidades de soluções extrajudiciais: através das câmaras de prevenção e de resolução administrativa de conflitos no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública; e a possibilidade de solução de litígios de natureza econômica por juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem firmada pela Administração Pública<sup>317</sup>.

O sistema de resolução adequada de disputas apresenta uma nova fase de solução de demandas envolvendo a Administração Pública, responsável por admitir métodos consensuais. E conforme o magistério de Henrique Ribeiro Cardoso a indisponibilidade do interesse público não pode desautorizar a composição envolvendo o particular e a Administração Pública<sup>318</sup>. Desta forma, o código de procedimentos civis, juntamente com todo o sistema para solução pacífica de conflitos não se compatibiliza com a vedação expressa à conciliação, à transação e ao acordo contida na Lei 8.429/1992.

Em que pese a especialidade da norma que disciplina a ação de improbidade administrativa não se pode ignorar o avanço do sistema jurídico brasileiro que se orienta no sentido da solução adequada de disputas privilegiando a composição pacífica de demandas. A indisponibilidade do interesse público não mais afasta a negociação com a Administração Pública. Existe uma política de estímulo e promoção das soluções adequadas destas disputas.

---

<sup>315</sup> CARDOSO, op. cit., p.99.

<sup>316</sup> Ibid., p.100-101.

<sup>317</sup> Ibid., p.102-103.

<sup>318</sup> Ibid., p.102.



#### 4.5 - Comportamento normativo, hermenêutica e regularidade constitucional da vedação ao consenso descrito na Lei 8.429/1992.

Os acordos celebrados com pessoas jurídicas e físicas, por sua vez, foram responsáveis pela recuperação de grandes montantes, só a Petrobrás recuperou R\$ 1.475.761.776,31, aproximadamente 1,5 bilhão de reais<sup>319</sup>. As avenças propostas pelas pessoas físicas desenvolveram-se nos autos das ações criminais, enquanto as pactuações com as pessoas jurídicas foram realizadas nos autos das ações anticorrupção. O significativo êxito da recuperação ao erário, porém não comporta ações de responsabilidade por improbidade administrativa, estando excluídas do espectro de alcance: 1) a reparação a ser realizada por pessoa física que ainda se encontra em processamento no âmbito criminal por arguição de foro por prerrogativa de função; 2) além da pessoa física que pratica ato formalmente regular, mas ofensivo à moralidade pública; 3) pessoa jurídica de pequeno ou médio porte cujo patrimônio investido seja inferior ao dos sócios, dentre outras situações.

A vedação às práticas consensuais descritas no §1º do art.17 da Lei 8.429/92 tem sido discutida quanto à sua validade legal frente ao sistema jurídico nacional, diante do compromisso constitucional de solução pacífica dos conflitos e os movimentos processuais civis para promoção de alternativas compositivas. Em algumas situações, apesar da restrição, acordos de leniência têm sido celebrados no âmbito das ações de improbidade administrativa<sup>320</sup>.

Ocorre que, enquanto a constitucionalidade da proibição ao acordo não é questionada, nem tão pouco se define orientação para restrição de sua interpretação, o dispositivo encontra-se em plena vigência. Quaisquer práticas desta natureza que sejam aplicadas ofenderão ao procedimento, sendo necessário verificar a sua validade<sup>321</sup>. Embora a própria estrutura procedimental do processo seja resultado da concatenação de fases, assim organizadas para comportar

---

<sup>319</sup> ÉPOCA NEGÓCIOS. **Total recuperado com Lava Jato é de cerca de R\$ 1,5 bilhão, diz Petrobras.** Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2017/12/total-recuperado-com-lava-jato-e-de-cerca-de-r-15-bilhao-diz-petrobras.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

<sup>320</sup> Existem registros, especialmente contemporâneas à Medida Provisória 703/2015.

<sup>321</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. **Revista eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 4, vol. VI, jun./dez 2010, p.135-162.136.

alterações é a adequação ao devido processo legal<sup>322</sup> que determinará a regularidade da mudança.

O princípio do devido processo legal comporta, ainda, duas dimensões, a material e a formal. O conteúdo material significa que o Estado não pode privar arbitrariamente os indivíduos de certos direitos individuais, para que haja restrição deve haver razoabilidade na medida<sup>323</sup>. Enquanto sob o ponto de vista formal, o devido processo legal significa a obediência aos mandamentos legais relativos ao procedimento, quais sejam os princípios do acesso à justiça, do direito de ação, do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da motivação da sentença<sup>324</sup>.

As modificações procedimentais não são um fim em si mesmo, prestam-se a uma finalidade, que não meramente política, mas devem expressar sua compatibilidade com a ordem jurídica vigente e com os princípios processuais constitucionais. Nesta toada, a admissão do acordo nas ações de improbidade adequa-se aos movimentos mundiais de pacificação consensual dos litígios, além de resguardarem garantias como o contraditório e a ampla defesa, razoável duração do processo, igualdade relacional.

Trícia Cabral em produção sobre o tema da flexibilização processual identifica que a alteração dos procedimentos decorre do princípio enunciado como princípio da adaptação, que não se confunde nem com fungibilidade, que é a admissão de mais de um meio idôneo, nem com a conversão, onde a utilização de um meio é modificada para outro<sup>325</sup>. Porém, mesmo que se explique o fenômeno da flexibilização para a utilização do acordo como um incidente processual é necessário que verifique a compatibilidade com os demais princípios e qual a fundamentação para alteração.

No sistema democrático vigente, a garantia ao contraditório e a ampla defesa é condição para garantia do processo justo, posto que se deriva do princípio político da própria participação democrática<sup>326</sup>. Já a igualdade relacional expressa o

---

<sup>322</sup> Ibid. p.138.

<sup>323</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1999. p.194-196.

<sup>324</sup> LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. Vol.33. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.p.87/88.

<sup>325</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. **Revista eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 4, vol. VI, jun./dez 2010, p.135-162.

<sup>326</sup> DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. Os princípios do Projeto do Novo Código de Processo Civil: visão panorâmica. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 47-71, jan.-fev. Mar. 2013.

princípio da isonomia, ponto de partida para que haja harmonia e equilíbrio<sup>327</sup>. Ressalta Fábio Medina Osório que o devido processo legal admite construções hermenêuticas mais ricas e coerentes em torno dos direitos de defesa, e especificamente sob suas palavras é por esta razão que: “o STF tem caminhado no sentido de aquilatar os direitos de defesa, incluído o contraditório, dentro do devido processo legal”<sup>328</sup>.

À primeira vista, considerando a amplitude deontológica contida no princípio do devido processo legal, verifica-se ser ele capaz de sintetizar os demais, como um super princípio. Sob o aspecto material, a celebração de colaboração nos moldes do acordo de leniência, como já é admitida para pessoa jurídica, não se apresentaria restrição à manifestação de vontade do réu, visto que o modelo empregado nas negociações premiais tem sido o da proposta ser ofertada pelo acusado.

Não havendo limitação aos direitos do réu, vez que decorre de sua manifestação de vontade, as condições de admissibilidade do acordo dependerão da correção da negociação a ser estabelecida entre as partes. Em que pese à ideia negocial sugerir a livre pactuação, que resultaria em coisa privada das partes<sup>329</sup>. Em que pese o ideário que acompanha a metáfora do “negócio”<sup>330</sup>, o interesse público embora não possa constituir obstáculo ao acordo, não pode ser ignorado, de modo que toda pactuação deve ser submetida à homologação judicial.

A flexibilização da proibição ao acordo, embora afronte diretamente o dispositivo legal, quando proposta pelo réu sob o argumento da amplitude do contraditório e ampla defesa, e autorizado pelo magistrado, pode operar efeitos válidos sem alegação de ofensa ao devido processo legal, posto que havendo respeito aos demais princípios processuais e garantindo-se o respeito aos fins da

---

<sup>327</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. ed.4, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. 126/154-155.

<sup>328</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. Ed. São Paulo: ed. RT, 2015. p. 441.

<sup>329</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012. p. 147.

<sup>330</sup> “O fator de caráter ideológico, que está evidentemente radicado na concepção negocial da verdade processual, deriva da conhecida e já recordada concepção do processo civil segundo a qual esse seria somente uma coisa privada das partes, com a consequência de que no processo deveria ocorrer tudo aquilo que as partes quisessem e nada mais ou diferente em relação a isso.” (...) Trata-se, substancialmente, de uma concepção negocial segundo a qual caberia exclusivamente às partes, através da alegação e da contestação ou não-contestação dos fatos, o poder de estabelecer o que deve ou não ser provado, bem como o poder de determinar o que deve ou não ser tido como verdadeiros para fins decisórios. Ibid., p.147-148.

ação de improbidade, qual seja imprimir sanção administrativa-civil e permitir a recuperação de valores desviados do erário, é medida que deve ser estabelecida e recomendada.

Mesmo que o ideal para a Lei nº 8.429/1992 fosse a revogação da vedação ou até mesmo seu decreto de inconstitucionalidade frente ao compromisso de resolução pacífica dos conflitos, impõe-se a admissão do acordo sempre que requerido pelas partes e seja materialmente possível.

Ainda sobre as vedações constantes na ação de improbidade administrativa, deve-se observar a situação da indisponibilidade dos bens, que contou com uma interpretação ampliativa, para admitir-se a restrição patrimonial mesmo sem a comprovação do risco de dilapidação. A proteção ao patrimônio do cidadão também se encontra abarcado pelo princípio do devido processo legal, onde somente após o processo, ou seguindo-se estrito procedimento é que poderia haver a limitação.

A ação de improbidade administrativa já foi protagonista de aplicação restritiva do devido processo legal com a sua relativização em relação às indisponibilidades dos bens. Uma das importantes ferramentas disponíveis na Lei nº 8.429/1992 para recuperação de valores pertencentes ao erário é a medida cautelar para indisponibilidade de bens. Conforme art.7º da Lei de Improbidade Administrativa prevê medida cautelar para indisponibilidade de bens destinada a assegurar o resultado útil do ressarcimento perseguido.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou um entendimento já a muito ventilado pela doutrina, de que a prova do risco de dilapidação dificultaria o procedimento e que o risco se encontrar implícito na existência da prova indiciária do ato de improbidade. Conforme referência realizada no Recurso Especial nº 1.115.452/MA, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, em 20 de abril de 2010, o *periculum in mora* necessário à concessão da medida cautelar de indisponibilidade estaria implícito no comando legal que autoriza a referida medida<sup>331</sup>.

---

<sup>331</sup> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal no Estado do Maranhão contra a ora recorrida e outros, em virtude de suposta improbidade administrativa em operações envolvendo recursos do Fundef e do Pnae. 2. A indisponibilidade dos bens é medida de cautela que visa a assegurar a indenização aos cofres públicos, sendo necessária, para respaldá-la, a existência de fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário (*fumus boni iuris*). 3. Tal medida não está condicionada à comprovação de que os réus estejam dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* está implícito no comando legal. Precedente do STJ. 4. Recurso Especial provido.

A experiência da indisponibilidade dos bens, mesmo tendo sua interpretação em prejuízo dos réus, foi resultado de decisões esparsas que se amparavam na garantia da instrução processual para limitação cautelar do patrimônio. De igual maneira, o posicionamento sobre a revogação da vedação ao acordo é consequência necessária para coerência sistêmica de um ordenamento que respeita as resoluções pacíficas. Assim, considerando que a manutenção da proibição do acordo retiraria do réu uma faculdade processual, precisa de forma urgente ser discutida e pensada.

## **5- CONCLUSÕES**

A corrupção é inegavelmente um fenômeno multifacetado, com repercussão em várias dimensões da vida societária o que implica em uma também ampla possibilidade de responsabilização. A prática corrupta será aquela que ofende à moralidade pública, como resultado do privilégio dos interesses particulares em detrimento dos interesses coletivos. A variada forma de manifestação das práticas corruptas demanda da Administração Pública atuação eficiente para minimização das consequências, as quais, além de desrespeitarem diretamente os princípios administrativos, em regra, atentam diretamente contra o patrimônio público.

Na Constituição Federal existem diversos instrumentos de responsabilização do servidor e do cidadão que sobrepõem seus interesses ao da coletividade, embora não exista um sistema específico para combate à corrupção. A repressão constitucional às práticas corruptas é realizada através do arcabouço para salvaguarda dos princípios da Administração Pública, vez que a corrupção ofende à moralidade pública, que seria a dimensão abstrata do dever de honestidade, cuja dimensão objetiva é a probidade. A probidade administrativa passa a ser interpretada como um princípio vinculado à moralidade, mesmo não sendo suficientemente claro se entre eles haveria complementariedade ou subsidiariedade.

No arcabouço jurídico brasileiro, em que pese todo o sistema objetive como fim último a promoção da moralidade pública, a Lei 8.429/1992 disciplina circunstâncias específicas para proteção da probidade administrativa, especialmente ligada à salvaguarda do patrimônio público. O histórico e as peculiaridades da ação de improbidade administrativa impedem que ela seja confundida com qualquer outra natureza de procedimento, neste ou em outro país. A Lei de Improbidade

Administrativa incontestavelmente inovou no combate à corrupção em seu sentido lato e instrumentalizou a proteção do Estado contra o enriquecimento ilícito promovido por seus agentes públicos e com ajuda deles.

São mais de vinte e cinco anos de vigência da ação de improbidade, período durante o qual diversas circunstâncias problemáticas quanto aos seus instrumentos processuais foram superadas pela doutrina e jurisprudência. Mesmo assim, as referidas ações que possuem grande potencial de contribuição no combate à corrupção encontram-se subutilizadas. O cenário brasileiro atual, com grande acerto, ovaciona a intervenção penal para punição dos agentes públicos culpados, porém, a responsabilização por ato de improbidade administrativa que efetivamente poderia afastá-los da vida pública e permitir o ressarcimento dos prejuízos, não recebe atenção correspondente. O fato é que para haver maior responsabilização, as ações de improbidade deveriam alcançar mais facilmente as provas do ato ímprobo sancionável.

Dentro do sistema de repressão à corrupção, considerando todas as dimensões de responsabilização, cível, criminal, administrativa e por ato de improbidade, a que tem alcançado maior eficiência nos seus resultados foi a responsabilização criminal. A interferência penal, como regra nos sistemas jurídicos, deve ser a resposta excepcional, somente admitida quando instâncias intermediárias se mostrarem insuficientes. A apuração estritamente criminal por estar centrada na punição prestigia diretamente a promoção dos princípios administrativos, assim como secundariza o ressarcimento dos danos suportados pelo erário.

O combate criminal da corrupção recebeu significativo reforço com a assimilação de técnicas colaborativas e consensuais, as quais permitiram ampliar a identificação dos indivíduos corruptos, além de garantir a eficiência da persecução penal. A negociação no âmbito criminal está inspirada no modelo americano da *plea bargaining*, em que os operadores que detêm a legitimidade para propositura da ação penal podem negociar as condições da propositura, ou até ela própria, em troca da confissão, reparação do dano ou prestação de informações sobre outras práticas irregulares. As práticas negociais no Brasil ainda são tímidas, e até o advento da aplicação da Lei 12.850/2013, destinada ao combate às organizações criminosas, somente era possível negociar a punição penal para ações que envolvessem punições de menor potencial ofensivo.

Ocorre que o consenso não representa uma prática antijurídica, ou de “direito livre”, como poderiam pensar os mais céticos, ao contrário, trata-se do objetivo de todo o sistema jurídico, manifestado na simples finalidade de: solucionar conflitos a partir de um resultado que seja aceito pelas partes, ou ao menos respeitado. Ademais, as formas consensuais de solução de conflitos estão centradas nas origens mais primitivas de estabilização conhecidas pelo ser humano. As decisões judiciais embora resultantes do exercício do Poder Jurisdicional do Estado irão acomodar pretensões opostas, não havendo incompatibilidade teleológica com a atividade estritamente judiciária. A única opção de não aplicação de opções consensuais é para hipótese de vedação expressa, como ocorre em relação justamente à ação de improbidade.

Embora seja impossível atribuir um nexo de causalidade direta entre a proibição às práticas consensuais e a sua baixa efetividade em relação à ação de improbidade, quanto às ações criminais/inquéritos criminais é possível relacionar a ampliação de seus resultados ao implemento das técnicas consensuais, mais precisamente da colaboração premiada. A justificativa para vedação ao acordo seria a mesma que teoricamente disciplina a obrigatoriedade da persecução penal: a proteção do interesse público. Os históricos conceitos de indisponibilidade do interesse público e supremacia se deparam com uma releitura proposta pelo constitucionalismo do direito.

Regras excludentes historicamente afastaram o público e privado, as quais salvaguardavam um Estado grande, soberano e vertical. Com a evolução dos sistemas jurídicos, especialmente com o prestígio dispensado aos princípios constitucionais democráticos, o interesse público passa a ser interpretado como o melhor resultado para Administração Pública e seus administrados. A abertura do Estado a um comportamento dialógico com as pessoas físicas e jurídicas de direito privado fazem nascer o consensualismo administrativo.

O processo de admissão do consenso pela administração pública não esteve adstrito às transformações na compreensão da supremacia/indisponibilidade do interesse público. Ao contrário, representou um movimento paulatino iniciado com a tomada de serviços privados pela Administração Pública. As contratações públicos-privadas foram as responsáveis pelas materializações de relações consensuais, as quais foram evoluindo até a figura dos acordos, amplamente difundida na legislação administrativa nacional. A Administração Pública por meio das autorizações legais,



após o processo de redemocratização do Brasil, passa a utilizar práticas consensuais em relação aos seus administrados em seus procedimentos administrativos de responsabilização, assim como admitir as práticas não contenciosas também para superação de seus conflitos internos.

Sem prejuízo da admissão das ferramentas consensuais em sede de responsabilização administrativa, o Estado também passa a figurar em demandas judiciais, tanto como demandante, como demandado. O consenso mais uma vez apresenta-se como solução para os conflitos a serem resolvidos perante o Poder Judiciário. A busca por prestações básicas de responsabilidade estatal tem ampliado as discussões sobre o comportamento processual do Estado. As inovações legais vão descortinando uma na perspectiva de possibilidades e a Lei de Mediação e o Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, passam a disciplinar a participação da Administração Pública de práticas compositivas, assim como a utilização da arbitragem, além da possibilidade de estruturação do modelo de Resolução Adequada de Disputa.

A farta disponibilidade de institutos no âmbito consensual civil não serve à Lei 8.429/1992, a vedação expressa ao acordo, conciliação e transação impede a utilização dos instrumentos disponíveis para solução das demandas que possuam como objeto a improbidade administrativa. A responsabilização administrativa pelos mesmos atos de improbidade administrativa em relação às pessoas jurídicas não suporta essa restrição. Ao contrário, a Lei Anticorrupção, Lei 12.846/2013, institucionaliza o Acordo de Leniência, que admite em sede administrativa, antes ou no curso do processo administrativo que a pessoa jurídica forneça informações para identificar outras práticas ofensivas à moralidade pública.

A figura do Acordo de Leniência não é inaugurada no sistema brasileiro através do combate à corrupção, mas já há muito salvaguardava a probidade concorrencial por meio da Lei Antitruste, reeditada no sistema jurídico brasileiro com a Lei 12.529/2011. O Acordo de Leniência antitruste guarda sensíveis diferenças com a modalidade aplicada pela Lei Anticorrupção, dentre as mais significantes pode-se citar a abrangência no âmbito criminal, em relação ao qual é possível que os sócios ou representantes da empresa pactuante não suportem a responsabilização criminal por crimes específicos ligados ao âmbito concorrencial, assim como a punição por formação de associação criminosa.

O comportamento mais abrangente do Acordo de Leniência antitruste não foi suficiente para solucionar os entraves práticos causados pela vedação às práticas consensuais contida na Lei Improbidade Administrativa. A corrupção por ser uma prática complexa repercute nos vários âmbitos de responsabilização, cível, administrativo, criminal, o que demonstra a necessidade de que a negociação premial compreenda essas diversas perspectivas para celebração de acordos abrangentes. O altruísmo da pessoa física no âmbito criminal e a espontaneidade da pessoa jurídica no âmbito administrativo não podem ser desprestigiados com a impossibilidade de contemplação dos efeitos da responsabilização por ato de improbidade administrativa. Da mesma maneira, a subsistência da responsabilização por improbidade, não abarcado em pactuação com a Administração Pública pode ainda se verte em elemento de desestímulo à colaboração, afinal, de que adianta reconhecer a responsabilidade e acordar uma multa em sede de acordo e vir a ser surpreendido com a cobrança de nova multa civil.

A vedação ao consenso contida na Lei de Improbidade Administrativa frustra acordos úteis para Administração Pública, os quais muitas vezes para serem celebrados somente são admitidos antes do ajuizamento de ações de improbidade administrativa. Experiências emblemáticas em sede da Operação Lava Jato demonstraram o entrave à colaboração decorrente da responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Alguns acordos ligados à operação somente foram celebrados a partir de engenhosas soluções jurídicas, como por exemplo a concessão de quitação para as partes em relação à responsabilidade por ato de improbidade administrativa correlacionada às responsabilizações criminais sob a perspectiva da colaboração premiada prestada pelos sócios e representantes da empresa acordante, assim como também apresentavam referências aos acordos de leniência celebrados pelas pessoas jurídicas. Na experiência citada, o Ministério Público Federal, por ser o órgão legitimado para atuar em todas as frentes de combate à corrupção, conferiu garantias de imunidade quanto aos atos de improbidade, sem que existisse ação ajuizada, o que resolveria o óbice proibitivo presente na Lei 8.429/1992.

Outra medida prática destinada a compatibilizar a vedação ao acordo e a negociação no âmbito do combate à corrupção foi a de o autor de ação de improbidade administrativa com legitimidade para celebração de Acordo de

Leniência firmar acordo no âmbito administrativo e se comprometer em requerer efeitos meramente declaratórios de improbidade e não a sanção. Como existiria um espectro valorativo para gradação da responsabilização por ato de improbidade, a colaboração em Acordo de Leniência admitiria o comprometimento do autor legitimado na ação de improbidade a requerer o abrandamento ou total isenção de sanção.

As soluções empreendidas para compatibilização do sistema de combate à corrupção e a vedação às práticas consensuais em relação à improbidade, apesar de criativas, certamente não são compatíveis com a boa-fé processual, pois transparecem a realização de uma “gambiarra” jurídica. Não sendo demais acrescentar que as alternativas aplicadas na Operação Lava Jato não fornecem segurança para aplicação estável do instituto. O sistema de combate à corrupção passa a enfrentar obstáculos diretos que demonstram a anacronia da permanência da vedação ao acordo em relação à responsabilidade administrativa.

A Medida Provisória 703/2015 dispôs durante seu período de vigência sobre o comportamento do Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção e expressamente revogou o §1º do art.17 da Lei 8.429/1992 que contém a vedação ao acordo. Além da vedação, a medida alterou expressamente a amplitude do Acordo de Leniência para que pudessem incluir disposições referentes à responsabilização por improbidade administrativa. A ausência de edição legal levou a perda de efeitos e reprimenda da impossibilidade de acordo.

A experiência da Medida Provisória 703/2015 demonstrou a compatibilidade dos institutos consensuais com a responsabilização por ação de improbidade, além de reforçar a necessidade de comunicação entre os vários âmbitos de responsabilização por práticas corruptas. Não bastasse isso, a Lei Anticorrupção estabelece no sistema jurídico brasileiro a necessidade de fomentar uma cultura de respeito à norma e moralização da Administração Pública por meio do *compliance*. Para o combate à corrupção importa que as pessoas jurídicas e também as físicas não sejam somente sancionadas por transgressão ao interesse comum, mas para que possam reestruturar seus comportamentos voltando-os à reparação dos prejuízos ao erário e a interrupção das práticas ofensivas à moralidade.

Diante de uma política de anticorrupção que privilegia a restauração da moralidade pública, e ainda em um sistema marcado pela influência das práticas consensuais em relação à Administração Pública, não se pode admitir que haja uma

vedação legal que contrarie o sistema geral do Código de Processo Civil, segundo o qual está disciplinada a ação de improbidade. Após a edição da Lei 13.140/2015 que deu nova redação à norma processual civil inaugurou-se movimento legal de promoção do acordo e prestígio das práticas autocompositivas, heterocompositivas ou combinadas.

O resultado da vigência do Código Processo Civil é a flagrante antinomia entre as normas de promoção do acordo e a vedação descrita na Lei de Improbidade Administrativa. Embora cronologicamente o fomento ao acordo seja mais recente, a Lei 8.429/1992 figura como norma especial em relação à Lei 13.140/2015. As regras hermenêuticas de validade não poderão solucionar o conflito aparente, porém uma interpretação sistêmica admite a aplicação das técnicas alternativas de solução de conflito à ação de improbidade. A técnica hermenêutica a ser utilizada será flexibilização da vedação, que não contrariará o princípio do devido processo legal, posto que permitindo-lhe negociar sua sanção haverá prestígio à proteção dos direitos fundamentais do cidadão. A vedação ao consenso, por seu turno, estaria amparada na indisponibilidade do interesse público, não se compatibilizando com um sistema que tem empreendido negociações no âmbito criminal e negociado o direito de não persecução penal com o colaborador.

As conclusões alcançadas por meio deste trabalho confirmam a hipótese primária traçada pelo trabalho de compatibilidade da ação de improbidade com as práticas negociais, sobretudo porque o combate à corrupção deve ser no Brasil uma prática que congregue os seus vários âmbitos de responsabilização. Ademais, as práticas consensuais mostram plena adequação com o interesse público, especialmente quando representam a solução mais vantajosa para Administração Pública. A confirmação da hipótese primária afastou a hipótese secundária em que se cogitava a incompatibilidade. Desta forma, embora não exista uma resposta a ser fornecida pelo presente trabalho sobre qual dos mecanismos consensuais deve ser aplicado, alcançou-se a posição de que a vedação constante na Lei de Improbidade Administrativa não pode ser obstáculo para celebração de acordos destinados à moralização pública.

Assim, em que pese à vedação legal à utilização das práticas consensuais no âmbito de responsabilidade por improbidade administrativa não se justifica sua manutenção diante do atual estágio de evolução do sistema jurídico e da própria sociedade. O consenso, que representa a cultura do diálogo, é meio adequado para

aproximação e pacificação dos conflitos, não devendo ser mantida a aparente antinomia entre o §1º do art.17 da Lei 8.429/1992, vez que sua interpretação sistêmica, admite sua flexibilização em respeito aos princípios e garantias fundamentais do cidadão, tais como o acesso à justiça e garantia ao contraditório e ampla defesa, alcançando como resultado a efetiva promoção da moralidade administrativa.

## 6- REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Natureza jurídica da transação penal e efeitos decorrentes. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 18 n. 8 ago. 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Editora Landy. 2001.

ARANHA, Ana Luiza Melo; ALMEIDA, Helga do Nascimento. Instituições de accountability e (des) confiança: Legislativo e Judiciário em análise comparada. **Revista de Discentes de Ciência Política da UFSCAR**. vol.3 – n.1 – 2015 p.130. Disponível em: < file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/59-103-1-SM.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa W.D. Rosa. Coimbra: Atlântica, 1973.

. **Sobre a geração e a corrupção**. Tradução Francisco Chorão. Revisão Alberto Barnabé Pajares. Volume II. Lisboa: Biblioteca de Autores Clássicos. 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.” **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 24. São Paulo: Malheiros, 1998.

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília, DF: CEPAL. Escritório/IPEA, 2011. (Textos para Discussão CEPAL – IPEA, 32). p.10. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9732](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9732)>. Acesso em 07 jul. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBACETTO, Gionni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. **Operação Mãos Limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato**. Porto Alegre: CDG, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. 240:1-42. Abr./jun. 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flórico de Angelis. Bauru: Edipro, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 239: 1-31, Jan./Mar. 2005.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. **Boletim do Ministério da Justiça**. Lisboa, v.1.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso: 05 de mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 8.429, 02 de jun. de 1992. **Dispões obre as ações aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.** Disponível em:

\_\_\_\_\_. **Lei 12.529/2011.** Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/L12529.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 12.846/2013 de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.** Diário Oficial da União. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.784/1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº10.406 de 10 de jan. 2002. **Código Civil.** Disponível em: < [HTTPS://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-186](https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-186)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória nº703. **Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm)>. Acesso em 18 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 1.446/91**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192235>>. Acesso em 20 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº223/2015**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946078>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Governo Federal. **O Programa de leniência do CADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Cidadania e Justiça**. Combate à corrupção cresceu com o fortalecimento das leis e instituições. Disponível em: “<<http://www.brasil.gov.br/governo/2016/04/combate-a-corrupcao-cresceu-com-fortalecimento-de-leis-e-instituicoes>>”. Acesso em: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU. **Manual para Implementação de Programas de Integridade**: orientações para o setor público. Brasília. 2017. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/colecao-programa-de-integridade>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em 10 jan. 2018. p.11 – 12.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ Serviço**: Entenda a diferença entre Ação Popular e Ação Civil Pública. 21 dez. 2015. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81222-cnj-servico-entenda-a-diferenca-entre-acao-popular-e-acao-civil-publica](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81222-cnj-servico-entenda-a-diferenca-entre-acao-popular-e-acao-civil-publica)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 03 Jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Resp. 880.662/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe. 01/03/2007. Disponível em: <[HTTPS://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9002360/recurso-especial-resp-880662-mg-2006-0170488-9/inteiro-teor-14175418](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9002360/recurso-especial-resp-880662-mg-2006-0170488-9/inteiro-teor-14175418)>. Acesso em: 10 jul. 2017.



\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. R.Esp. 1629750/SP (2016/0258683-0). Ministro Relator Og. Fernandes. 27 fev. 2017. Disponível em: <<http://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201629750>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. R.Esp. nº 213994/MG, Min. Garcia Vieira, 17/08/1999. Disponível em: <<HTTPS://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8374892/recurso-especial-resp-213994-mg-1999-0041561-2>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Rcl. 10.037 – Ministro Relator Luís Felipe Salomão. DJe. 25/03/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.182/Distrito Federal. Relatora: Ministra Carmén Lúcia, **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão, 09 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1815370>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.295 – Distrito Federal, Relator: Ministra Marco Aurélio, Acompanhamento processual. Em tramitação. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3751870>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.295 – Distrito Federal, Relator: Ministra Marco Aurélio, Acompanhamento processual. Em tramitação. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3751870>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Ag.Reg. na Petição 3.240/DF**. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/texto\\_198663352.pdf](file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/texto_198663352.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. **Revista de Administração Pública**. v.30, n.1, jan./fev. 1996. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BREIER, Ricardo. Implementação de programas de compliance no setor público é um desafio. **Opinião Pública**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais>>.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. **Revista eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 4, vol. VI, jun./dez 2010, p.135-162.136.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Renovar: 3 ed. Rio de Janeiro; São Paulo. 2003.

CAMPOS, Márcia Regina Leal. Interesses públicos x interesses privados: ambivalência, ponderação e consensualidade. In: GUERRA, Sérgio. (organizador) **Transformações do Estado e do direito: novos rumos para o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Limites Constitucionais à Lei de Improbidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle jurídico da legitimidade da atividade regulatória normativa**. 2007. 343f. Tese de Doutorado. Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041800.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego do Direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.99.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Direito e processo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

CHAUÍ, Marilena. **Filosofia**. Ed. Ática, São Paulo, ano 2000, pág. 220-223.

CHERUBINI, Karina Gomes. Ampliação da delação premiada aos atos de improbidade administrativa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n.

1519, 29 ago. 2007. Disponível em: <[HTTPS://jus.com. BR/artigos/10340](https://jus.com.br/artigos/10340)>. Acesso em: 21 fev. 2016.

CONSULTOR JURÍDICO. Autoridades processadas por improbidade não têm direito a foro privilegiado. **Revista Consultor Jurídico**. 25 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-27/autoridades-processadas-improbidade-nao-foro-privilegiado>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

COSTA, Susana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Série pensando o direito**: improbidade administrativa. Nº34/2010. 2010. Secretaria de assuntos legislativos do Ministério da Justiça. Brasília. Disponível em: <[http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/34Pensando\\_Direito1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/34Pensando_Direito1.pdf) >. Acesso em: 10 jul. 2017.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, André Gonzalez. Voz do delator: Delação premiada é mal necessário que deve ser restrito. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 30 out 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/49661,1>> . Acesso em: 19 fev. 2016.

DANNER, Leno Francisco. O fato do pluralismo em Rawls: sobre a fundamentação da sociedade política. **Revista Estudos Filosóficos** nº 5 /2010 – versão eletrônica – ISSN 2177-2967. DFIME – UFSJ - São João Del-Rei-MG. Disponível em: <<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>>, acesso em: 10 dez. 2017.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 54-55; 65.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 698.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: JusPodivm, 2012. 68 p.  
Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm) >. Acesso em: 20 fev. 2016.

DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. Os princípios do Projeto do Novo Código de Processo Civil: visão panorâmica. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 47-71, jan.-fev. Mar. 2013.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Total recuperado com Lava Jato é de cerca de R\$ 1,5 bilhão, diz Petrobras**. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2017/12/total-recuperado-com-lava-jato-e-de-cerca-de-r-15-bilhao-diz-petrobras.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

ESCOLA NACIONAL DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO. **Negociação e mediação: para membros do Ministério Público**. Conselho Nacional do Ministério Público. 2. Ed. Brasília: CNMP, 2015.

FALEIROS JÚNIOR. José Luiz de Moura. **Revista Digital de Direito Administrativo**. RDDA, vol. 4, n. 2, 2017. P.78.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2012. p.71.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Editora Atlas. 2015.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004.

FERREIRA, Regina Cirino Alves. Caso Tiradentes e Repressão Penal: passado e presente. **Revista Liberdades**. Disponível em <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=11](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=11)>. Acesso em: 02 ago. 2017.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública [online]**. 2009, vol.15, n.2, p.386-421. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762009000200005>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Corrupção, democracia e legalidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2008.

\_\_\_\_\_. Teoria Política da Corrupção. **I Simpósio USP / IUPERJ de Pós-Graduação em Teoria Política**. Anais. São Paulo. 24 a 26 set. 2003.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. A delação premiada. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. p. 247- 266. 2007.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa: o controle de prioridades constitucionais. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 18 - n. 3 - p. 416-434 / set-dez 2013.

\_\_\_\_\_. **O controle dos atos administrativos e os direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

GALIO, Morgana Henicka. História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. In: **XXIII Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. 2014**. Disponível em: <<https://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei 8.429/1992. **CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público**. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 233: 103-139, jul./Set. 2003. p.130. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/45445-93000-1-PB.pdf>. Acesso em 15 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. A Lei de Improbidade e a Dosimetria de suas sanções. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol.58, p.29, 2006.

\_\_\_\_\_; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Emerson, 2013.

GEMAUQUE, Silvio César Arouck. A chamada do corrêu. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, nº61, 2003.

GIAMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa – história de um conceito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. 230: 291/303. Out/dez. 2002.

\_\_\_\_\_. **A moralidade administrativa e boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa.** São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, José Vitor Lemes. A corrupção em perspectivas teóricas. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – UFJF**. V.5, n.1 e 2 jan./dez. 2010. Disponível em: <[HTTPS://teoriaecultura.ufjf.emnuvens.com.br/TeoriaeCultura/article/view/2882](https://teoriaecultura.ufjf.emnuvens.com.br/TeoriaeCultura/article/view/2882)>. Acesso em 20 jun. 2017.

GONZAGA, José Bernardino. O direito penal dos povos primitivos. **Revista de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.68, n.2, 1973 <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66671/69281>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

GRAZIANO, Luigi. O lobby e o interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Sociais Soc. [online]**. 1997, vol.12, n.35, <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69091997000300009>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

GUIMARÃES, Juarez. Interesse público. In: AVRITZER, Leonardo. **Corrupção: ensaios e críticas.** Belo Horizonte: Editora UFMG. 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos.** Tradução Milton Camargo Mota. Edições Loyola: São Paulo. 1999.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

ITALIA. **Cocidi di Procedura Penale.** Decreto del Presidente della Repubblica. 22 Set. 1988, n. 447. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

JACCOUD, M. Princípios, Tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C. DE VITTO, R., PINTO, R. Gomes, org. 2005, **Justiça Restaurativa**, Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

JORGE, Flávio Cheim. **A tutela da probidade administrativa: crime de responsabilidade ou ação civil de improbidade administrativa?** Revista de Processo, n. 131. São Paulo: RT, jan. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p.115-136, 1999.

KLITGAARD, Robert. International cooperation against corruption. **Finance & Development**, v. 35, n. 1, p. 3-6, 1998. Disponível em: <[HTTPS://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1998/03/pdf/klitgaar.pdf](https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1998/03/pdf/klitgaar.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2017.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. Vol.33. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1999.

LOBO, Arthur Mendes. A ação prevista na Lei de Improbidade Administrativa – competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**. n.9, 2008.

MACHADO, J. Batista. Introdução ao direito e ao discurso legitimador. In.: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Renovar: 3 ed. Rio de Janeiro; São Paulo. 2003.

MALAN, Diego. Sobre a condenação sem julgamento prevista no PSL 156/09. **Boletim** – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo. Ano 17. Nº207. Fev.2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. Ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibição administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009,

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do conflito da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/13) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), no que pertine a responsabilidade da pessoa jurídica privada - antinomia jurídica. **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 8, n. 47, p. 9-28, nov./dez., 2015. Acesso em: 19 Mar. 2016.

MELLO, Cláudio Ari. Fragmentos teóricos sobre a improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 235: 93-116, jan./Mar. 2004.

MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva; TELÉSFORO, Rachel Lopes. A atividade consensual da administração pública e as soluções consensuais na defesa da concorrência In: **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2016.

MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Editora RT, v. 729, p. 679-698, 1996.

MORAES, Voltarie de Lima. GAUER, [et. al.]. Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II. In: **O Inquérito Civil como base para propositura da ação penal**. Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. n. 231, jan./mar. 2003.

MORENA, Luís de la Morena y de la. Derecho administrativo e interés publico: correlaciones básicas. **Revista de administración pública**, ISSN 0034-7639, Espanha, Nº 100-102, 1983, págs. 847-880.

\_\_\_\_\_. Los fines de interés publico como causa y como limite de la competencia y como medio y medida de control jurídicos. **Revista de administración pública**, ISSN 0034-7639, Espanha, Nº 85, 1978.

NEHER, Clarissa; WELLE, Deutsche. Análise histórica mostra que corrupção no Brasil persiste desde o período colonial. **G1 Educação**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/analise-historica-mostra-que-corrupcao-no-brasil-persiste-desde-o-periodo-colonial.ghtml>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis. In: **Processo Civil Coletivo**, Ed. Quartier Latin, 2005.

O'DONNELL, G. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 44, 1998.



OLIVEIRA, Alexandre Albagli. A tormentosa abordagem do elemento subjetivo... In.: OLIVEIRA, Alexandre Albagli, FARIAS, Cristiano Chaves; GHIGNONE, Luciano Taques. **Estudos sobre improbidade administrativa**. Salvador: Jus Podivm. 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104 p. 303 - 322 jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2.ed. São Paulo: RT, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 220: 69-107; abr./jun. 2000.

\_\_\_\_\_. O princípio da culpabilidade e a improbidade administrativa. In.: OLIVEIRA, Alexandre Albagli, FARIAS, Cristiano Chaves; GHIGNONE, Luciano Taques. **Estudos sobre improbidade administrativa**. Salvador: Jus Podivm. 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade administrativa**. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo sancionador**. 5. Ed. São Paulo: ed. RT, 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os princípios da Constituição de 1988**. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2001. p. 462-463 APUD RAQUEL DE CARVALHO.

PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública** — Rio de Janeiro 43(6):1343-1368, nov./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/2410/241016446006/>>; Acesso em: 10 jul. 2017.

PRIOR, Hélder. **Esfera pública e escândalo político**: a face oculta do poder. Media XXI: Porto. 2016.

RELATÓRIO DE PESQUISA DE OPINIÃO PÚBLICA. **Interesse público e corrupção**. Belo Horizonte: Centro de Referência do Interesse Público; Vox Populi, 2009. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2009/09/pesquisa-mostra-que-brasileiro-reconhece-acoes-do-governo-no-combate-a-corrupcao>>. Acesso em 30 jun. 2017.

RICOEUR, Paul. Ética. da moral à ética e às éticas. CANTO-SPERBER, Monique. **Dicionário de ética e filosofia da moral**. v.1, São Leopoldo: Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Considerações sobre a coação como elemento accidental da estrutura da norma jurídica: a ideia de pena e sanção premial. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, ano 51, nº 190, jul./dez. 2006.

SABINO, Marco Antônio da Costa. O Precedente judicial vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abr. 2010.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado, procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19 ed. São Paulo: Malheiros,

SILVEIRA, Denise Coutinho. A justificação por consenso sobreposto em John Rawls. **Philosophos** 12 (1): 11-37, jan./jun. 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.163-165.

SIMÃO, Valdir Mysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan. 2017.

SIMAS JÚNIOR, Carlos Rogério. **O instituto da delação premiada**: aspectos históricos, filosóficos e jurídicos. Biguaçu: Clube de autores.2016.

SOUZA, Celina. Pesquisa em Administração Pública no Brasil. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro. v.32. n.4. jul./Ac. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7780/6380>>. Disponível em: 30 jun. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1998.

TÁCITO, Caio. Improbidade Administrativa como forma de corrupção. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 8, novembro, 2001. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 set. 2009.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. ed.4, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. Restoring Justice: an introduction to restorative justice. 2010. In: LARA, Caio Augusto Souza. A justiça restaurativa como via de acesso à justiça. Belo Horizonte. 2013. 101 p; Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação de Direito – UFMG.

VOLPI, Elon Caleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal: a indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. **Revista da PGFN**. Ano 01, nº02, 2011/2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Habitus Editora, 2001.

